

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits 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 le domaine des migrations. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais.

S'ABONNER

These Commentaries are written by the Research Team on Laws and Migration (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or international courts in the migration field. The Commentaries are written in French or English.

SUBSCRIBE

Depuis mars 2023, les Cahiers vous proposent chaque mois le récit d'un des membres de l'EDEM et son projet de recherche. Ces récits partagés visent à montrer comment un projet émerge, évolue et interagit avec les autres et la société. Le projet est soutenu par UCLCulture.

Les récits ont été recueillis au cours d'entretiens avec Béatrice Chapaux. Ces entretiens commencent par cette question : quelle est votre première expérience de migration ou quelle en est votre représentation et comment celle-ci a évolué depuis que vous avez rejoint l'équipe de recherche l'EDEM ? Les récits peuvent prendre la forme d'un texte écrit, d'un podcast ou d'une vidéo.

Sommaire

- 1. Cour eur. D.H., 18 juillet 2023, *Camara c. Belgique*, req. n° 49255/22 – L'exécution des décisions de justice relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale fait partie intégrante du procès au sens de l'article 6, § 1, CEDH..... 3**
Guelor Paluku Matata

Crise de l'accueil – Accueil conforme à la dignité humaine – Loi belge du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile – Article 3 CEDH – Carence systémique – Exécution des décisions de justice – Procès équitable – Article 6 CEDH.

La carence systémique d'exécution des décisions de justice relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale emporte, par la Belgique, violation du droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6, § 1, CEDH.

- 2. CJEU, 22 June 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Thai mother of a Dutch minor child)*, C-459/20, EU:C:2023:499 – No assessment of the best interests of the child when the EU citizen, who is a minor child, exercises the right to enter and reside in the EU Member State of their nationality10**
Eleonora Frasca

Citizenship of the Union – Article 20 TFEU – Best interests of the child – Minor child who is an EU citizen – Derived right of residence in a Member State – Child outside the territory of the European Union.

*In *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Thai mother of a Dutch minor child)*, the Court of Justice of the European Union interprets Article 20 TFEU in a case where the mother of an EU citizen, who is a minor child born and living in a third country, applies for a derived right of residence in the Member State of which the child is a national. This case note focuses on the Court's fluctuating approach to the best interests of the child and inconsistent use of references to Article 24 of the*

CeDIE – Centre Charles De Visscher
pour le droit international et européen
EDEM – Équipe droits et migrations
Place Montesquieu, 2
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique
cedie@uclouvain.be

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

Équipe :



Charter of Fundamental Rights. This analysis compares the Advocate General's opinion and the Court's decision and points out the differences in their reasoning about the best interests of the child.

3. Cour d'appel (Royaume-Uni), 29 juin 2023, R (AAA) v. SSHD, EWC Civ 745 – L'externalisation de l'asile : une menace à l'édifice de la protection internationale17
Alfred Ombeni Musimwa

Royaume-Uni – Rwanda – Coopération – Asile – Migrants – Assurances.

En avril 2022, le Royaume-Uni et le Rwanda ont signé un accord permettant de transférer au Rwanda les demandeurs d'asile arrivés irrégulièrement au Royaume-Uni. Cet accord prévoit que le Rwanda statue sur leurs demandes d'asile, les installe ou les expulse selon le cas, en contrepartie d'une aide financière du Royaume-Uni. La Cour d'appel du Royaume-Uni juge que le Rwanda n'est pas un pays tiers sûr du fait que le Royaume-Uni n'a pas tenu compte des conditions matérielles auxquelles les demandeurs de protection seront confrontés dans les processus de détermination de l'asile au Rwanda. Cet arrêt est riche d'enseignement dans le contexte global de la coopération migratoire entre l'Europe et l'Afrique.

4. Récit de vie – Réaliser la naïveté.....22

1. COUR EUR. D.H., 18 JUILLET 2023, CAMARA C. BELGIQUE, REQ. N° 49255/22

L'exécution des décisions de justice relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale fait partie intégrante du procès au sens de l'article 6, § 1, CEDH

Guelor PALUKU MATATA

A. Arrêt

1. Faits

Le requérant, M. Abdoulaye Camara est un ressortissant guinéen. Il arrive sur le territoire belge en date du 12 juillet 2022 en quête de la protection internationale. Trois jours plus tard, il se présente à l'agence fédérale pour l'accueil des demandeurs de protection internationale (ci-après « Fedasil »). Il sollicite le droit à hébergement ainsi qu'à une assistance matérielle tel que garantis par la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile en Belgique.

En date du 15 juillet 2022, le requérant est informé par Fedasil de l'indisponibilité d'une place pour son hébergement. La saturation du système d'accueil belge annoncée depuis le 15 septembre 2021 est la raison principale évoquée par Fedasil. Par requête unilatérale, il saisit en référé le tribunal du travail de Bruxelles. En date du 22 juillet 2022, une ordonnance exécutoire par provision enjoint à Fedasil de mettre en œuvre le droit à l'accueil du requérant. Constatant l'inexécution de cette ordonnance, il saisit la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour »). Par une requête du 22 octobre 2022, il demande à la Cour de rendre une mesure provisoire enjoignant à la Belgique d'exécuter l'ordonnance précitée. La Cour répond favorablement à cette demande en date du [31 octobre 2022](#).

Le 4 novembre 2022, le requérant reçoit un hébergement au centre de la Croix-Rouge d'Evere. Toutefois, il estime que la décision de Fedasil du 15 juillet 2022 l'a contraint à vivre dans la rue et que cela l'a empêché de mener une vie conforme à la dignité humaine. Ainsi, en date du 25 novembre 2022, il dépose devant la Cour une requête contre la Belgique dénonçant la violation des articles 3, 6, § 1, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la « CEDH »).

2. Décision de la Cour

– Sur la recevabilité

La Cour note que seul le grief formulé sous l'angle de l'article 6, § 1, de la Convention est recevable. Son raisonnement est fondé sur trois éléments. Premièrement, le droit à l'hébergement et à l'assistance matérielle des demandeurs de protection internationale a été reconnu au requérant par le tribunal du travail de Bruxelles, et ce sans contestation de la part du gouvernement belge. Ensuite, ce droit revêt un caractère « civil » au sens autonome conféré par la jurisprudence de la Cour. Enfin, l'ordonnance du tribunal ci-avant cité n'a pas été exécutée de manière spontanée par les autorités belges alors qu'elle était exécutoire par provision. Dans ces conditions, le requérant bénéficiait d'un droit au sens de l'article 6, § 1, CEDH. La Cour a, dès lors, déclaré recevable le grief tiré de l'article 6, § 1, CEDH (§§ 91, 92 et 93).

Sur les griefs tirés de l'article 3 et 8, la Cour indique que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes. Le raisonnement ayant conduit à l'irrecevabilité de ces griefs met en exergue deux éléments. D'une part, la non-utilisation, par le requérant, du recours en responsabilité extracontractuelle de l'État consacré par l'article 1382 du Code civil belge, et d'autre part, le défaut d'évocation, en interne, des violations du droit au respect à la vie privée et familiale du requérant (§§ 131-136).

– *Sur le fond*

La Cour conclut à la violation de l'article 6, § 1, CEDH par l'État belge. Son raisonnement démontre que le gouvernement belge a délibérément refusé d'exécuter une décision exécutoire par provision et devenue définitive (§ 121). Selon la Cour, les faits dans l'affaire en l'espèce ne sont pas isolés. Ils s'inscrivent dans la suite de plusieurs autres décisions définitives non exécutées. Un tel état traduit une carence systémique des autorités belges d'exécuter les décisions de justice définitives relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale (§ 118). Cette carence produit deux types d'effets néfastes. Non seulement, elle porte atteinte à la substance même du droit protégé par l'article 6, § 1, CEDH (§ 121), mais aussi elle grève lourdement le fonctionnement d'une juridiction nationale et celui de la Cour elle-même (§ 119).

B. Éclairage

La manière dont la condition d'épuisement des voies de recours internes est appliquée quant aux articles 3 et 8 nous paraît peu flexible. Cela fera l'objet d'un premier éclairage (1). Sur le fond, l'objectif de sanctionner la Belgique pour la carence systémique d'exécuter les décisions de justice relatives à l'hébergement des demandeurs d'asile ressort assez clairement (2). Sans reprendre telle quelle la position du Comité des droits de l'homme des Nations unies dans l'affaire *Albert Womah Mukong c. Cameroun* selon laquelle les difficultés financières d'un État ne peuvent pas justifier la violation des conditions minimales des détenus en prison (§ 9.3), la Cour indique que l'insuffisante capacité d'accueil d'un État ne peut pas justifier du retard dans l'exécution des décisions de justice (3). De même, elle indique, sans trop argumenter, que le droit à l'hébergement a un caractère civil et rentre dans le champ d'application de l'article 6, § 1, CEDH (4).

1. Une application « peu souple » de l'article 35 CEDH

Le raisonnement de la Cour sur la recevabilité du grief tiré de l'article 3 CEDH nous semble refléter une application peu souple de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. En effet, la Cour a déclaré non-recevable ce grief pour non-respect des conditions fixées par l'article 35 CEDH. Ce dernier dispose, entre autres, que « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes [...] ». Pourtant, il ressort de sa [jurisprudence constante](#) sur la recevabilité que cette règle doit s'appliquer avec souplesse et sans formalisme excessif. Cela implique deux situations différentes. D'une part, au sens de l'arrêt *Fressoz et Roire c. France*, « qu'il n'est pas nécessaire que le droit consacré par la Convention soit explicitement invoqué dans la procédure interne. Si le requérant n'a pas invoqué les dispositions de la Convention, il doit avoir soulevé des moyens d'effets équivalents ou similaires fondés sur le droit interne, afin d'avoir donné l'occasion aux juridictions nationales de remédier en premier lieu à la violation alléguée ». D'autre part, le requérant n'est pas obligé d'épuiser les voies de recours essentiellement indemnitaires car elles n'offrent pas directement un « remède ». Il s'agit, selon la professeure [Sylvie Sarolea](#), d'une application *in concreto* de l'article 35 CEDH.

Selon la Cour, les violations alléguées des droits consacrés par l'article 3 CEDH ont cessé après l'octroi d'un hébergement au requérant. Elle note qu'en pareilles circonstances, l'ordre juridique interne de la Belgique met à la disposition de la victime un recours en responsabilité extracontractuelle de l'État. Ce recours est fondé sur l'article 1382 du Code civil belge. À ce titre, « tout grief soumis à la Cour, après cessation des violations alléguées, doit impérativement épuiser le recours en responsabilité contre la puissance publique sous peine d'irrecevabilité » (§§ 131 et s.). Le requérant devrait, dès lors, retourner devant les juridictions internes pour ce grief-là. Pourtant, cela ne lui aurait pas évité de dormir dans la rue sans assistance matérielle.

Dans une opinion dissidente à l'arrêt, le juge Krenc soutient qu'une dénonciation, devant les juridictions internes, de la violation du droit à l'accueil se fait généralement sur la base « des moyens

d'effets équivalents à l'article 3 de la CEDH ». À ce titre, le requérant aurait épuisé les voies de recours internes en ce qui concerne le grief tiré de l'article 3 CEDH. Exiger, du requérant, un retour devant les juridictions internes pour agir en responsabilité contre l'État, après la saisine de la Cour, « paraît constituer une entrave excessive et disproportionnée à l'exercice du droit de recours individuel tel que consacré par l'article 34 de la Convention » (§ 6 de l'opinion dissidente). En tant que juge de nationalité belge et donc particulièrement informé de la situation en Belgique, son opinion nous paraît très pertinente. Elle part de l'idée qu'en Belgique, l'effectivité du recours en responsabilité contre la puissance publique est entachée de doute.

En ce sens, sans reprendre telles quelles les réflexions de [Sylvie Sarolea](#) se demandant si « les mesures provisoires de la Cour constituent un baromètre de l'effectivité des recours internes en droit de l'immigration », ce juge est d'avis que la Cour avait déjà des doutes sur l'effectivité de ce recours alors qu'elle rendait la mesure provisoire en faveur du requérant. Elle savait également, au regard de son arrêt *Clasens c. Belgique*, que « le recours en responsabilité contre l'État fondé sur l'article 1382 du Code civil ne constitue pas un recours effectif à épuiser dès lors qu'étant de nature indemnitaire, il s'avère impuissant à améliorer les conditions de vie du requérant. Ainsi, le requérant n'est pas tenu d'épuiser le recours indemnitaire, alors même que la violation alléguée avait cessé peu de temps après l'introduction de la requête devant la Cour » (§§ 27 et 28).

Dès lors que cela n'est pas contesté, la Cour aurait pu déclarer recevable le grief tiré de l'article 3 CEDH. Cela aurait permis d'envoyer à la Belgique un signal fort sur l'impérieuse nécessité de mettre en œuvre le droit à l'hébergement et à l'assistance matérielle des demandeurs de protection internationale.

Il nous semble qu'en rejetant ce grief, la Cour n'a pas fait attention au caractère absolu de la dignité humaine ni à la nécessaire souplesse dans l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Au même titre que la carence systémique d'exécution des décisions de justice (§§ 102 et s.), ce manque d'attention peut, à notre avis, favoriser des entraves à la sécurité juridique. Et ce d'autant plus que la Cour est très exigeante quant au niveau d'effectivité des recours lorsque le droit en cause est un droit absolu tel que celui garanti par l'article 3 CEDH.

2. Entraves à la sécurité juridique par la carence systémique d'exécuter les décisions de justice définitives relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale

La Cour estime que l'essentiel des droits des parties au procès est protégé, au niveau européen, par les dispositions des articles 6 et 13 CEDH (§ 89). Ils sont exprimés à travers le droit à un procès équitable ainsi que le droit à un recours effectif. Citant l'arrêt *Kudła c. Pologne*, la Cour indique que les garanties procédurales contenues dans l'article 13 ci-avant mentionnées sont moins strictes de par leur contenu. Elles sont absorbées par celles contenues dans le droit à un procès équitable (§ 89). Ainsi, le caractère strict des garanties exprimées à travers le droit à un procès équitable justifie la forme de priorité que la Cour octroie à l'article 6 CEDH, toutes les fois que l'accès à un tribunal est en cause.

Selon [Joel Andrianatsimbazovina](#), parmi les droits protégés par l'article 6, § 1, CEDH, l'accès au tribunal joue un rôle capital. Il conditionne la mise en œuvre d'autres droits fondamentaux. Par ce rôle, l'accès au juge assume la fonction de bouclier de protection et de fer de lance des droits humains, notamment le droit à la dignité humaine, le droit au respect à la vie privée et familiale, etc. Dans sa fonction de « fer de lance », l'accès à un tribunal suppose l'attaque directe contre les violations des droits humains. Parmi les moyens d'attaque, la Cour estime que l'exécution des décisions de justice obligatoires joue un rôle très important. Non seulement elle constate en fait comme en droit les violations des droits humains mais aussi elle contraint les auteurs à cesser leurs actes. Elle doit être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 CEDH (§ 104).

La Cour indique que l'accès à un tribunal garanti par l'article 6, § 1, CEDH serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. Cela priverait l'article 6 ci-avant indiqué de tout effet utile (§ 104).

En l'espèce, une carence systémique d'exécution des décisions de justice relatives au droit à l'hébergement et à l'assistance matérielle des demandeurs de protection internationale a pour effet de grever lourdement le fonctionnement d'une juridiction nationale et celui de la Cour elle-même (§ 119 *in fine*). Cette idée fait écho à la position de l'ordre français des avocats du barreau de Bruxelles agissant en qualité de tiers intervenant dans l'arrêt commenté. L'ordre souligne que la non-exécution des décisions de justice par l'État belge est double. Non seulement les demandeurs de protection internationale ne sont pas hébergés dans les délais impartis par les décisions judiciaires mais, de surcroît, Fedasil refuse de payer les astreintes auxquelles elle est systématiquement condamnée. Selon la Cour, cette attitude met en péril le principe même de l'État de droit. Il provoque également des « questions existentielles pour le monde judiciaire quant à sa fonction, son utilité et son instrumentalisation » (§ 102).

Eu égard à cela, la Cour conclut que le refus caractérisé des autorités belges d'exécuter les décisions de justice relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale (§ 119) viole l'article 6 CEDH et entrave la sécurité juridique. Il faut noter que le droit à l'hébergement est un accessoire à la procédure d'asile. Au regard de l'arrêt *Maaouia c. France*, les matières d'asile sont, en principe, exclues du champ d'application de l'article 6, § 1, précité. Toutefois, la Cour reconnaît que le droit à l'hébergement est une notion autonome qui remplit les conditions d'applicabilité de l'article 6 susévoqué (§ 93). En ce sens, elle indique que l'insuffisante capacité d'accueil d'un État ne peut pas justifier l'exécution d'un jugement reconnaissant un droit protégé par l'article 6, § 1 (tel que le droit à l'hébergement) dans un délai déraisonnablement long (§ 109).

3. L'insuffisante capacité d'accueil des demandeurs d'asile ne peut pas empêcher l'exécution des décisions de justice définitives dans un délai raisonnable

L'annonce par Fedasil de la saturation de son réseau d'accueil en date du 15 septembre 2021 a produit des effets néfastes. Un nombre considérable de demandeurs de protection internationale ont été empêchés de mener une vie conforme à la dignité humaine telle que garantie aussi bien par les articles 23, 3°, de la Constitution belge et 3 de la loi accueil que l'article 3 CEDH.

Selon *Alice Sinon*, les droits garantis par les dispositions de l'article 3 CEDH sont revêtus d'un caractère absolu. Faisant référence à l'arrêt *N.H. et autres c. France*, elle considère que cet article consacre « une valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine, qui se trouve au cœur même de la Convention. Cela implique, selon la Cour, que les facteurs liés à un afflux croissant de migrants ne peuvent pas exonérer les États contractants de leurs obligations au regard de cette disposition ».

Eu égard au caractère absolu de l'article 3 CEDH, il y a lieu de se demander si cette disposition impose aux États membres de prendre en charge l'accueil des demandeurs d'asile. À l'aune de l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*, *Jean-Baptiste Farcy* pense que « l'article 3 ne saurait être interprété comme obligeant les Hautes Parties contractantes à garantir un droit au logement à toute personne relevant de leur juridiction ou comme imposant un devoir général de fournir aux réfugiés une assistance financière pour que ceux-ci puissent maintenir un certain niveau de vie. Malgré cela, l'absence de prise en charge des demandeurs d'asile du fait de l'indifférence des autorités peut engager la responsabilité de l'État au regard de l'article 3 de la Convention lorsque le seuil de gravité est atteint. » En ce sens, la Cour s'inscrit dans la logique de sa position prise dans l'arrêt *Lacatus c. Suisse*. Dans ce dernier, elle met en exergue le fait que la notion de la dignité humaine « est sous-

jacente à l'esprit de la Convention [...] et qu'elle est sérieusement compromise si la personne concernée ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants » (§§ 56-57).

Il était prévisible que la Cour rejette l'argument selon lequel « la saturation du réseau d'accueil justifiait l'inexécution des décisions de justice par les autorités belges ». Dans un commentaire de l'arrêt *M.K. et autres c. France*, Jean-Baptiste Farcy démontre que la Belgique, à l'instar de la France, était prévenue de son refus caractérisé de se conformer aux injonctions du juge interne concernant l'accueil des demandeurs de protection internationale. Cet auteur considère, à l'aune de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, qu'un défaut de mise en œuvre du droit à l'hébergement emporte violation de l'article 3 CEDH.

En l'espèce, le gouvernement belge a invoqué une impossibilité matérielle d'exécuter les décisions de justice à cause de la saturation de sa capacité d'accueil. La Cour a jugé qu'« une autorité de l'État ne peut prétexter du manque de fonds ou d'autres ressources pour ne pas » exécuter une décision de justice, reconnaissant des droits au sens de l'article 6, § 1, CEDH, dans un délai raisonnable (§ 108 *in fine*).

4. Applicabilité de l'article 6, § 1, CEDH au litige relatif au droit d'accueil des demandeurs d'asile

Si les questions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers échappent au champ d'application de l'article 6, § 1, CEDH selon l'arrêt *Maaouia c. France*, la Cour indique que ce n'est pas le cas pour le droit à l'accueil des demandeurs de protection internationale. Elle note que le « caractère civil » du droit à l'accueil est bien établi par sa jurisprudence constante en tant qu'une notion autonome (§ 93).

Fondant son raisonnement sur cette autonomie, l'arrêt *Maaouia* semblait établir une frontière entre les litiges de caractère administratif (relavant du droit public) et litiges de caractère civil (relevant du droit privé). Pourtant, comme soutenu par Jean-Yves Carlier, citant l'arrêt *Pellegrin c. France*, la frontière entre le droit public et droit privé n'est pas étanche. En effet, l'arrêt *Pellegrin* opère une forme de revirement jurisprudentiel en indiquant « sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention, les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. Un exemple manifeste des telles activités est constitué par les forces armées et la police ».

Cette évolution de la jurisprudence de la Cour est également à saisir à travers l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* commenté par Olivier Dubos. Ce dernier démontre que « l'article 6 § 1 de la CEDH est, désormais, applicable dans le contentieux de la fonction publique française. Il ne s'agit, donc, que de la possibilité offerte au fonctionnaire justiciable de s'assurer que les juridictions administratives respectent bien, toujours, les exigences de l'article 6 CEDH ».

Eu égard ce qui précède, il y a lieu d'écrire que l'article 6, § 1, contient des principes communs au droit public et droit privé. Il s'agit de principes transversaux que les professeurs Jean-Yves Carlier et Sylvie Sarolea appellent « garanties procédurales qualifiées ici de communes en ce qu'elles trouvent à s'appliquer tant aux procédures administratives devant les autorités qu'aux procédures juridictionnelles devant le juge ». Sans indiquer que l'article 6, § 1, CEDH s'applique à tous les litiges, la Cour confirme l'importance cruciale de ces garanties procédurales contenues dans le droit à un procès équitable dans un État de droit. En insistant sur la nécessaire consolidation de l'État de droit, l'arrêt commenté paraît s'inscrire dans la logique d'extension du champ d'application dans l'article 6 CEDH. Ainsi, des contentieux accessoires à la procédure d'asile tel que le regroupement familial des réfugiés peuvent, à notre avis, bénéficier des garanties procédurales contenues dans le droit au procès équitable.

Conclusion

Cet arrêt met en lumière les dangers de l'inexécution d'une décision de justice pour l'état de droit, dont le principe de sécurité juridique est un pilier. Il précise qu'un refus caractérisé, des autorités belges, de se conformer aux injonctions du juge interne empiète le principe sacro-saint de la séparation des pouvoirs et favorise la perte de confiance du citoyen dans l'administration de la justice. Cela grève lourdement le fonctionnement de la Cour elle-même ainsi que la protection des droits humains universellement reconnus.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour eur. D.H., 18 juillet 2023, *Camara c. Belgique*, req. n° 49255/22.

Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74 ;
- H.R.C., *Albert Womah Mukong c. Cameroun*, comm. n° 458/1991 ;
- Cour eur. D.H., 26 octobre 2000, *Kudła c. Pologne*, req. n° 30210/96 ;
- Cour eur. D.H., 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgique*, req. n° 4682/12 ;
- Cour eur. D.H., 28 mai 2019, *Clasens c. Belgique*, req. n° 26564/16.
- Cour eur. D.H., 2 juillet 2020, *N. H. et autres c. France*, req. n° 28820/13 et 2 autres ;
- Cour eur. D.H., 19 janvier 2021, *Lacatus c. Suisse*, req. n° 14065/15 ;
- Cour eur. D.H., 8 décembre 2022, *M.K et autres c. France*, req. n°s 34349/18, 34638/18 et 35047/18.

Doctrine :

- Andriantsimbazovina, J., « L'accès à la justice au sein des droits de l'Homme », in J. Bétaille (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, presses de l'Université de Toulouse Capitole, 2016, pp. 49-61 ;
- Bingham, T., « The rule of Law », *The Cambridge Law Journal*, Vol. 70, Issue 2, 2011, pp. 481-483.
- Carlier, J.-Y. et Sarolea, S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pts 706-757.
- Carlier, J.-Y., *La condition des personnes dans l'Union européenne, Recueil de jurisprudence*, Bruxelles, Bruylant, 4e éd., 2020, pp. 406-413.
- Dubos, O., « L'inéluctable extension du champ d'application de l'article 6 de la CEDH au contentieux de la fonction publique », *La lettre juridique*, n° 276, octobre 2007.
- Ekani, Chr.S., « Intégration, *exequatur* et sécurité juridique dans l'espace OHADA. Bilan et perspective d'une avancée contrastée », *Revue internationale de droit économique*, 2017/3 (t. XXXI), pp. 55-84 ;
- Farcy, J.-B., « *L'expulsion d'une personne réfugiée à l'aune du pluralisme juridique : entre volonté d'autonomisation et solutions paradoxales* », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2021 ;
- Sarolea, S., « Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme en droit des migrations. Un refuge pour les migrants ? », in Fr. Krenc, « Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme : un référé à Strasbourg », communication à un colloque, Bruxelles, Larcier, 2011 ;

- Sarolea, S., « Le juge civil en droit des étrangers : parachute ou paravent ? », in J. Englebert et H. Boularbah, « Le référé civil dans toutes les matières. Actes du colloque organisé par le jeune barreau de Bruxelles », Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 2004, pp. 389-421 ;
- Sinon, A., « Un accueil respectueux de la dignité humaine : un droit pour tous les demandeurs d'asile », *Cahiers de l'EDEM*, août 2020.

Autres :

- Guide sur l'article 6 (volet pénal) de la CEDH ;
- Guide sur la recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour citer cette note : G. PALUKU MATATA, « L'exécution des décisions de justice relatives à l'accueil des demandeurs de protection internationale fait partie intégrante du procès au sens de l'article 6, § 1, CEDH », *Cahiers de l'EDEM*, août 2023.

2. CJEU, 22 JUNE 2023, STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE EN VEILIGHEID (THAI MOTHER OF A DUTCH MINOR CHILD), C-459/20, EU:C:2023:499

No assessment of the best interests of the child when the EU citizen, who is a minor child, exercises the right to enter and reside in the EU Member State of their nationality

Eleonora FRASCA

A. Introduction

A new judgment from the Court of Justice of the European Union (CJEU) adds to the case law on the interpretation of Article 20 TFEU in purely internal situations when the enjoyment of the substance of the rights attaching to the status of Union citizens is at stake.¹ This case note of the ruling of 22 June 2023 *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Thai mother of a Dutch minor child)* highlights the different approaches to the interpretation of Article 20 TFEU taken by the CJEU and by Advocate General Richard de la Tour in his [opinion](#), in particular with regard to the best interests of the child enshrined in Article 24 of the EU Charter of Fundamental Rights.

1. Factual Situation

The factual situation in [case C-459/20](#) is new to the Court. Can a third country national, mother of a static EU citizen, who is a minor child and *has never set foot in the territory of the European Union*, be entitled to a derived right of residence in the Member State of which the child is a national based on Article 20 TFEU? The lifelong absence of the EU citizen from the territory of the Union is the novel element of this case. The Dutch child was born and raised by his grandmother in Thailand, his mother's country of origin, who lives in the Netherlands. After divorcing her partner (a Dutch national, father of the child), she lost her residence permit in the Netherlands. She applies for a new permit on humanitarian grounds, which was refused and, later, a Dutch national applied for family reunification with the woman, but that application was also refused. She was subsequently deported to Thailand. Appealing against the decision of the Dutch authorities denying her a residence permit, she argued that, by denying her a right of residence, her child – who does not live in the Netherlands – “is deprived of the possibility of residing in the European Union and that, consequently, that decision undermines the effectiveness of the rights that he derives from his status as a Union citizen” ([para 12](#)).

According to the referring court, it is unclear if the principles allowing for a derived right of residence to a third country national under Article 20 TFEU apply in this case. The mother claims that a relationship of dependency, both legal and financial, exists between her and the child, that a judgment of a Thai court has granted her the sole responsibility for the child's care, that the child has no relationship with his father and that the grandmother (formerly the primary caregiver of the child) is no longer able to take care of him. On the contrary, the Dutch authorities claim that the woman is taking advantage of the EU citizenship of her child to obtain a residence permit in the Netherlands and that it is not in the child's best interests to move to the European Union.

¹ The essence of this case law is that only in very specific situations can a third country national, parent of an EU citizen who never exercised their free movement rights, be granted, under Article 20 TFEU, a derived right of residence in the territory of the Member State of which the minor child is a national, provided that a relationship of dependency exists between the two such that, in the absence of that right of residence, the EU citizen would be obliged to follow the third country national and leave the territory of the Union. For the case law references on Article 20 TFEU, see “Suggested Reading” below. For a doctrinal analysis, K. Hyltén-Cavallius, “[The Unfolding Destiny of Union Citizenship: From a Fundamental Status to a Status of Genuine Substance](#)”, *E.J.M.L.*, 2022, vol. 24, n° 3, pp. 430-461.

2. Preliminary Questions and Decision

The Dutch Court referred three questions to the CJEU. The **first** concerns the condition upon which the mother of a dependent child, who is an EU citizen but has never set foot in the territory of the European Union, can derive a right of residence based on Article 20 TFEU. The Court's answer to this question is a recap of previous case law, with one important clarification. In previous cases, the child/EU citizens were on the territory of the European Union, although they did not exercise free movement rights. The Court consistently ruled that Article 20 TFEU precludes Member States from denying a derived right of residence to the parent upon whom the child is dependent, otherwise, the child would be compelled *to leave* the territory of the European Union together with their parent. In a recent case (C-528/21), the Court ruled that Article 20 TFEU also precludes Member States from adopting an entry ban into the territory of the Union in respect of a parent upon whom the child is dependent (for a comment of this case, see [A. Pahladsingh](#)).

In the case at stake (C-459/20), the child *is already* (and has always been) *outside* the territory of the European Union. There is no question of the child being compelled to leave the Union. The Court considers that Article 20 TFEU precludes a national measure that denies a third country national (the mother upon whom the child is dependent) a derived right of residence provided that "it is established that that child will enter and reside in the territory of that Member State of which he or she has the nationality together with that parent" (para 38 and operative part). The CJEU adds that it is the task of the referring court to carry out, other than the assessment of the existence of a child-mother relationship of dependency, a factual evaluation of the odds that the child will move to the Member State of his nationality. I will come back to this point in the discussion section.

The **second question**, slightly reformulated by the Court, concerns the possible proof of an *interest*, on the child's side, in moving to the Member State of his nationality and, therefore, to the European Union. The Dutch Court uses the words "to demonstrate or declare an interest in exercising the rights conferred on them by citizenship of the Union", pointing out that a minor child cannot assert their rights independently (question 2a). The CJEU argues that a Member State may not reject an application for a residence permit from a third-country national parent "on the ground that moving to that Member State is not in the real or plausible *interests* of that child" (para 45 and operative part, emphasis added).

The Court gives three arguments in support of this interpretation. First, the right of an EU citizen to move and reside freely within the territory of the Member States "flows directly from the status of Union citizen without its exercise being subject to proof of any interest whatsoever in order to rely on its benefits" (para 40). Second, the capacity of a Member State national to be the holder of free movement rights guaranteed by EU primary and secondary law "cannot be made conditional upon the attainment by the person concerned of the age prescribed for the acquisition of legal capacity to exercise those rights personally" (para 42, citing *Zhu and Chen*). Third – and this is the most interesting point – an assessment of the child's best interests cannot be made to *refuse* a derived right of residence to the parent of an EU minor citizen, upon whom the child is dependent. The best interests of the child can only be taken into account to assess "whether there is a relationship of dependency" between the two or "the consequences of a derogation from the derived right of residence based on considerations of public security or public order" (para 43).

In other words, the best interests of the child "could be relied on not in order to reject an application for a residence permit but, on the contrary, [but only] to preclude the adoption of a decision that compelled that child to leave the territory of the European Union" (para 43). The Court establishes that, when deciding on an application for residence according to Article 20 TFEU, the national authorities cannot determine whether the international move of that child to the Member State of nationality takes place in his best interests "without improperly substituting themselves for those with parental responsibility for the child concerned and without infringing the capacity of that child

to exercise rights that he or she derives from the status conferred on him or her by Article 20 TFEU” (para 44). The consequence of this interpretation is that if the national authorities find that there is a relationship of dependency between the mother and the child, the child would be compelled to leave the country where he has always lived (Thailand) and move to the Netherlands, a country where he has never been and has no connection with. This is the point where the Advocate General’s opinion and the Court’s ruling differ the most, as it will be explained in the discussion section.

The **third question** concerns the criteria for assessing whether there exists a child-parent relationship of dependency between and, in particular, which factors are decisive in this assessment for the purpose of the parent deriving a right of residence from the EU citizenship of their child. Ever since the *Chavez-Vilchez* case, the notion of “relationship of dependency” has been at the core of the Court’s analysis (see, *inter alia*, case C-82/16, joined cases C-451 and 532/19 and case C-112/20). In this case, the CJEU states that the fact that the third country national parent has not always assumed day-to-day care of that child but is now the sole caregiver of the child or the fact that the other parent, who is a Union citizen, could assume the actual day-to-day care of the child are “relative circumstances” but not “decisive” for establishing if a relationship of dependency exists (para 61 and operative part). This analysis will not focus on this point.² Instead, it will focus on the Court’s fluctuating approach to the best interests of the child and inconsistent use of references to Article 24 of the Charter, despite the Advocate General’s clear opinion in this regard. I will compare the **opinion** of the Advocate General to the Court’s **decision** and point out the differences in their reasoning about the best interests of the child.

B. Discussion

Neither the referring court in its preliminary questions nor the CJEU in its ruling make an explicit reference to Article 24 of the EU Charter of Fundamental Rights on the best interests of the child. However, the child’s “other”, “best” or “real and plausible” interests are mentioned several times in the text. On the contrary, in his **opinion**, Advocate General Richard de la Tour interpreted Article 20 TFEU in light of Article 24 of the Charter. The best interests of the child are included as a keyword in his opinion, but later disappeared in the ruling’s keywords. This is the second time since his **appointment** at the Court in 2020 that the Advocate General has put Article 24 of the Charter at the core of his interpretation of EU law.

The first was his **opinion** in case C-720/20, *Bundesrepublik Deutschland (Child of refugees, born outside the host state)*, in which he proposed a sensible interpretation of the Dublin regulation (for a note on this case, see E. Néraudau in a **previous edition** of the *Cahiers de l’EDM*). In that case, Advocate General Richard de la Tour argued that the best interests of the child might require the Member States to derogate from the rules which aim at preventing the so-called secondary movements of beneficiaries of international protection. While, in substance, the results of the interpretation of the Court and that of Advocate General Richard de la Tour converge, the Court did not follow the Advocate General’s reasoning based on the best interests of the child. It preferred a more technical interpretation of the Dublin regulation without any reference to the Charter.³

² The answer to this question is covered by **paras 66-73** of the Advocate General’s opinion and by **paras 46-61** of the Court’s ruling.

³ In short, a whole family whose members were granted refugee protection in Poland moved to Germany, where a newborn child applied for international protection. The family had left Poland because of intimidation linked to their Chechen origin. Intending to prevent refugee secondary movements, the German authorities rejected as inadmissible the application for international protection of the child born in Germany on the grounds that Poland was the State responsible for the asylum procedure in line with the Dublin Regulation. The Court stated that the Dublin Regulation did not apply in the case at stake because “[the] minor [...] was born after [his or her] family members obtained international protection in a Member State other than that in which the minor was born and resides with his or her family” (para 32). Moreover, the situation of a

Something similar happens in the case under analysis (C-459/20). While both the Court and the Advocate General make clear that the mother/third country national of the child/EU citizen can only claim a derived right of residence if the child “will enter and reside in the territory of that Member State of which he or she has the nationality together with that parent” (para 38), the Advocate General draws a distinction based on the facts of the case and the nature of the mother’s application under Article 20 TFEU, distinguishing from what he calls “a ‘sole’ application” and “a ‘joint’ application” (opinion, para 4). He points out that the first preliminary question refers to the case where the woman is applying for a residence permit alone, with no connection with the entry and residence of her child (para 21). In contrast, in the second and third questions, the referring Court takes for granted that the child will also move to the territory of the European Union together with his mother by exercising his free movement rights.

Like the Dutch authorities, the Advocate General expresses his concerns about the intention of the mother to settle with the child in the Netherlands, suspecting an “abusive manoeuvre” (para 71), “primarily motivated by the wish of the mother [...] to return to the Netherlands and thus to maintain a right of residence in that Member State” (para 42), posing the risk of an “abuse of the derived right of residence granted under Article 20 TFEU”, with the child “being considered as the *means* for the third-country national to live in the territory of the European Union” (para 52, emphasis added).

The Advocate General’s concerns are based on the fact that, before her application based on Article 20 TFEU, the Thai woman applied twice for a residence permit in the Netherlands, independent from her child: the Dutch authorities first refused her application for a residence permit on humanitarian grounds and then an application in the context of family reunification lodged by a Dutch national to her benefit. The Advocate General also advises caution by stating that “a risk of abuse must also not be presumed in light only of the fact that the third country national has lived apart from her child for several years” (para 56).

As reported above, the Court supported that the national authority cannot verify whether the international move of the child from the country of his habitual residence⁴ to the Member State of nationality is being made in their own interests. The Advocate General argued the opposite. The national authorities seized of an application for a derived right of residence under Article 20 TFEU must verify whether that international move is in the best interests of the child. Proposing a reading of Article 20 TFEU in light of Article 24 of the Charter, Advocate General Richard de la Tour states that

“the exercise of the rights attaching to citizenship of the Union and the benefit of the related derived rights can only be conceived in so far as *they serve* the best interests of the child and ensure respect for his fundamental rights, in accordance with Article 24” (para 43, emphasis added).

He adds that

“[i]n the examination of an application for the grant of a derived right of residence [...], the assessment must be carried out *from the point of view of the child* and not from the point of view of the third-country national parent” (para 44, emphasis added).

He then cites, first, Article 24(1) of the Charter, which “requires that the competent national authority take all the steps appropriate to provide the child concerned with a real and effective

minor applying for international protection for the first time “is not comparable to that of an applicant for international protection who is already a beneficiary of such protection granted by another Member State” (para 54).

⁴ The Advocate General refers to the child’s “habitual residence”. In footnote 8, he cites the Court’s interpretation of [Council Regulation \(EC\) no. 2201/2003](#) concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility. He quotes two cases in which the Court states that the child’s place of habitual residence “is the place which, in practice, is the centre of that child’s life” (C-512/17) and “the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment” (C-497/10 PPU).

opportunity to express his or her views” (para 45), then Article 24(2) which “requires the competent national authority to take the child’s best interests into consideration” (para 46) and, finally, Article 24(3) of the Charter on the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both parents (para 51), making this a comprehensive reference to all three paragraphs of Article 24 of the Charter.

The Advocate General later identifies **three guiding criteria** for the national authorities competent for the application for a residence permit based on Article 20 TFEU to determine whether the international move of the child is in his best interests, “in accordance with Article 24 of the Charter” (para 60 and conclusion). According to the Advocate General, to carry out such an assessment in light of Article 24 of the Charter, the national authorities must take into account:

- *the social and family environment of the child*, meaning any negative consequence of the international move on the child’s well-being, his material situation and his emotional, family and social relationships (para 49);
- *the existence of a credible life plan in the Member State*, meaning the proof “in objective or tangible factors [...] that that child’s move is genuine, that his stay in the Member State of which he is a national is by no means temporary or occasional and that it has been decided in his best interests” (para 57);
- *the views of the child*, meaning him “having had the opportunity to express his opinion regarding his wish to move and settle with his mother in the Member State of which he is a national” (para 60), and the *views of the person who has sole parental responsibility*, who can present their observations on the reasons for that move.⁵

Advocate General Richard de la Tour provides the Member States’ authorities and courts, competent on the application for a derived right of residence, with guiding criteria on the best interests of the child to ensure that the child’s EU citizenship is not used *against* his best interests. In doing so, he truly engages with the *content* of Article 24 of the Charter. While I have only presented a summary of the Advocate General’s arguments, he discusses these criteria more in detail by giving concrete examples linked to the factual situation of this “Thai woman, mother of a Dutch child”. He points out that the national authorities must undertake an “overall assessment of the situation and balancing of all the relevant factors, with the aim of [...] *safeguarding* his or her interests” (para 58, emphasis added), as it is their task “ruling on any circumstances surrounding the application for a derived right of residence brought by the mother of that child” (para 42).

In this case, going along the path marked by the *Chavez-Vilchez* ruling, the CJEU further sharpens its interpretation of the concept of “the existence of a relationship of dependency” (in its answer to the third preliminary question, which I have not discussed), but it once again refuses to give a *content* interpretation to the best interests of the child when the law does not require that, even at a time when preliminary questions coming from national courts become more explicit and articulated. In this case, the Court excludes altogether an assessment of the best interests of the child. It does so in the name of EU citizenship upon which limitations cannot be placed, indirectly answering to one of the sub-questions of the referring court:

“Are those rights absolute, in the sense that no obstacles may be placed in their way or that the Member State of which the (minor) Union citizen is a national might even have a positive obligation to enable that citizen to exercise those rights?”

⁵ On children’s right to express their views, see UN Committee on the Rights of the Child, 28 September 2020, *V.A. v. Switzerland*, comm. no. 56/2018 on hearing children pending a Dublin transfer. Articles 3 and 12 of the Convention on the Rights of the Child require that a request to implement the Dublin regulation’s discretionary clause must take into account the best interests of the children. For a comment, see G. Mathieu and S. Sarolea, “*Entendre les enfants migrants et admettre qu’ils sont des sujets du droit de l’immigration, aussi*”, *Cahiers de l’EDEM*, January 2021.

As already reported, the Court clearly states that the national authorities cannot determine whether the move of that child to the Member State of nationality is in his best interests “without improperly substituting themselves for those with parental responsibility for the child concerned and without infringing the capacity of that child to exercise rights that he or she derives from the status conferred on him or her by Article 20 TFEU” (para 44).

By way of conclusion

As mentioned before, this is not the first time that the Court has not followed the opinion of Advocate General Richard de la Tour in his interpretation of EU law in light of Article 24 of the Charter. In commenting on the other case [C-720/20](#) cited above, *Bundesrepublik Deutschland (Child of refugees, born outside the host state)*, Jean-Yves Carlier and I [have argued](#) that the Court preferred leaning its reasoning on a technical interpretation of the Dublin regulation, rather than on the principle of the best interests of the child. We argued that the Court seems to consider that, rather than being a general or fundamental principle that should be applied *per se*, the best interests of the child is a safeguard principle which, if necessary, complements the texts in order to ensure the genuine enjoyment of the substance of the rights of the child when these cannot be sufficiently protected by technical rules (we developed this argument more in detail in [this article](#)).

While in that case ([C-720/20](#)), the results of the interpretation of the Court and that of Advocate General Richard de la Tour converge, in the case commented here ([C-459/20](#)), there is a substantial disagreement between the Court and the Advocate General on the *necessity* of an assessment of the best interests of the child at the stage of an application for a derived right of residence based on Article 20 TFEU.

In this case ([C-459/20](#)), the object of the interpretation of the Court’s preliminary ruling is not the subparagraph of an article enshrined in a very cumbersome regulation (such as the Dublin regulation in the other case). Instead, the Court is asked to interpret the varying ramifications of its own innovative case law on Article 20 TFEU. That same case law can create paradoxical situations, like that of the Thai mother who, after having unsuccessfully secured a right of residence in a Member State, tries to “take” one from her child’s EU citizenship. Despite his Dutch nationality, the child has never been to the European Union, does not speak Dutch or English and now risks being uprooted from the world he has known since his birth only because his mother, with whom he did not share a family life for many years, wishes so. However, the Court considers that an EU citizen’s right to enter and reside in the Member State of his nationality cannot be limited or conditioned to an assessment of his best interests. That would amount to an interference with the child’s private and family life.

The [Ruiz Zambrano](#) case law was not made to protect EU citizens, such as the Dutch child living in Thailand, who are already *outside* the territory of the Union, but rather those who – despite being on the territory of the Union, residing in their Member State of nationality – escaped the scope of EU secondary law, as they had never exercised their rights of free movement. Advocate General Richard de la Tour has the undoubted merit of putting migrant *and* sedentary children at the centre of his interpretation of EU law, underlining how important but also hard it is to assess their best interests where the circumstances of the case are complex and involve an international move (in this sense, see [L. Lonardo](#) for child custody cases in the CJEU’s case law). Notwithstanding this complexity, the Court is not suspicious of the *true* intentions of the mother but of those of the Member States’ authorities, who cannot deny an EU citizen the right to enter and reside in his Member State of nationality and on the territory of the European Union.

C. Suggested Reading

To read the case: CJEU, 22 June 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Thai mother of a Dutch minor child)*, C-459/20, EU:C:2023:499.

Case law on Article 20 TFEU:

- Opinion of Advocate General Richard de la Tour, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Thai mother of a Dutch minor child)*, delivered on 16 June 2022, C-459/20, EU:C:2022:475;
- CJEU (GC), 8 May 2018, *K.A. and others (Family reunification in Belgium)*, C-82/16, EU:C:2018:308;
- CJEU (GC), 10 May 2017, *Chavez-Vilchez and Others*, C-133/15, EU:C:2017:354;
- CJEU, 6 December 2012, *O and S*, C-356/11 and C-357/11, EU:C:2012:776;
- CJEU (GC), 15 November 2001, *Dereci and Others*, C-256/11, EU:C:2011:734;
- CJEU (GC), 8 March 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124.

Case law on Article 24 of the Charter:

- CJEU (GC), 1 August 2022, *Bundesrepublik Deutschland (Child of refugees born outside the host State)*, C-720/20, EU:C:2022:603;
- Opinion of Advocate General Richard de la Tour, *Bundesrepublik Deutschland (Child of refugees born outside the host State)*, delivered on 24 March 2022, C-720/20, EU:C:2022:219.

Doctrine:

- Carlier, J.-Y. and Frasca, E., “Droit européen des migrations”, *Journal de droit européen*, n° 3, 2023, pp. 147-169;
- Frasca, E. and Carlier, J.-Y., “The best interests of the child in the ECJ asylum and migration case law: Towards a safeguard principle for the genuine enjoyment of the substance of children’s rights?”, *Common Market Law Review*, vol. 60, n° 2, 2023, pp. 345-390;
- Hyltén-Cavallius, K., “The Unfolding Destiny of Union Citizenship: From a Fundamental Status to a Status of Genuine Substance”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 24, n° 3, 2022, pp. 430-461;
- Lonardo, L., “The best interests of the child in the case law of the Court of Justice of the European Union”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 29, 2022, pp. 596–614;
- Néraudau, E., “La demande d’asile introduite par un mineur dans son État de naissance, qui n’est pas l’État qui a accordé le statut de réfugié à ses parents antérieurement, devra être examinée et ne pourra pas être rejetée pour ‘irrecevabilité’”, *Cahiers de l’EDEM*, September 2022 ;
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European law relating to the rights of the child* (2022 edition).

To cite this contribution: E. FRASCA, “No assessment of the best interests of the child when the EU citizen, who is a minor child, exercises the right to enter and reside in the EU Member State of their nationality”, *Cahiers de l’EDEM*, August 2023.

3. COUR D'APPEL (ROYAUME-UNI), 29 JUIN 2023, R (AAA) V. SSHD, EWC CIV 745

L'externalisation de l'asile : une menace à l'édifice de la protection internationale

Alfred OMBENI MUSIMWA

A. Arrêt

Le 29 juin 2023, la Cour d'appel (Division civile) du Royaume-Uni (ci-après, « la Cour ») s'est prononcée en degré d'appel dans l'affaire opposant AAA et consorts au Secrétaire d'État au ministère britannique de l'Intérieur. Le présent commentaire met en lumière quelques enseignements de cette médiatique affaire (B) tirés des faits de la cause (1), du contenu du recours (2) et de la décision de la Cour (3).

1. Résumé des faits

Cette affaire concerne dix migrants : AAA, AHA, AAM (de nationalité syrienne), AT, RM, AS (de nationalité iranienne), NSK, ASM (de nationalité irakienne), HTN (de nationalité vietnamienne), SAA (de nationalité soudanaise) et une organisation caritative : Asylum Aid (ci-après, « les requérants »). Les dix migrants sont tous arrivés irrégulièrement au Royaume-Uni en traversant la Manche depuis la France à bord de petites embarcations de fortune, où ils ont introduit leurs demandes d'asile. Entre mai et juin 2022, le gouvernement britannique a pris la décision de ne pas examiner leurs demandes et de les renvoyer au Rwanda où celles-ci seraient examinées dans le cadre du système d'asile rwandais, en application d'un accord de coopération migratoire entre le Royaume-Uni et le Rwanda signé en avril 2022, intitulé [Partenariat pour la migration et le développement économique](#) (ci-après, « partenariat »).

Saisie en urgence, la Cour européenne des droits de l'homme a, par des [mesures provisoires adoptées le 14 juin 2022](#), empêché *in extremis* le départ du premier vol de demandeurs d'asile transférés du Royaume-Uni au Rwanda¹.

En septembre et octobre 2022, les requérants (et d'autres) ont contesté devant la Haute Cour britannique à la fois la politique rwandaise en général, et les décisions du gouvernement britannique de renvoyer chacun d'eux au Rwanda. Le 19 décembre 2022, la Haute Cour britannique a annulé les décisions de renvoi en raison de l'iniquité de la procédure. Cependant, elle a rejeté les contestations des requérants relatives à la politique d'asile du Rwanda. En d'autres termes, l'arrêt de la Haute Cour permettait au gouvernement britannique de transférer les requérants au Rwanda, à condition de prendre de nouvelles décisions individuelles. Les requérants ont interjeté appel devant la Cour.

2. Teneur du recours

Les requérants soutiennent qu'il y a des motifs substantiels de croire qu'il existe un risque réel qu'un demandeur d'asile transféré au Rwanda soit renvoyé dans son pays d'origine alors qu'il mériterait une protection internationale. Dit autrement, les requérants demandent à la Cour, entre autres, de statuer sur la question de savoir si le Rwanda est un pays tiers sûr. Subsidiairement, si les demandeurs d'asile transférés au Rwanda courent un risque réel de traitement cruel, inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après, « CEDH »).

¹ I.B. Muhambya, « [UK-Rwanda agreement versus legal framework on the protection of refugees : primacy of minimum guarantees of human rights](#) », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2022.

3. *Décision de la Cour*

Dans son arrêt, la Cour conclut qu'« [en] bref, la relocalisation des demandeurs d'asile au Rwanda dans le cadre du [partenariat] impliquerait que leurs demandes d'asile soient examinées selon un système qui, d'après les preuves, présentait jusqu'à présent de graves lacunes, et à la date d'audience devant la Cour [...], ces lacunes n'avaient pas été corrigées et il est peu probable qu'elles le soient à court terme »² (§ 272). Par conséquent, la Cour estime qu'il y a des motifs sérieux de croire que les demandeurs d'asile transférés au Rwanda dans le cadre de ce partenariat courent un risque réel de refoulement et qu'un tel transfère constituerait une violation de l'article 3 CEDH (§ 293). En ce sens, le Rwanda n'est pas un pays tiers sûr.

B. *Éclairage*

Tout État partie à la [Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés](#) et à son Protocole de 1967 (ci-après, « Convention de Genève ») a l'obligation de la mettre en œuvre. Cela signifie que cet État a la responsabilité d'examiner les demandes d'asile qui lui sont soumises par les personnes en quête de protection. Une des questions qui se pose ici est celle de savoir si un État peut se décharger de cette obligation sur un autre, sans vider la Convention de sa substance (1). Le présent commentaire tente de tirer quelques enseignements de cet arrêt dans le contexte des relations migratoires entre l'Europe et l'Afrique (2).

1. *La notion de « pays tiers sûr », une alternative de protection pas si sûre*

Une lecture minutieuse de l'article 33.1 de la Convention de Genève montre que celle-ci ne garantit pas le droit d'asile. Elle se limite à poser le principe de non-refoulement qui reconnaît aux demandeurs d'asile un certain droit d'accès provisoire au territoire et oblige l'État à s'assurer qu'il n'expulse ou ne refoule un demandeur d'asile vers un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée³. La Cour a abouti à la même conclusion (§ 316). C'est cette interprétation qui a conduit particulièrement les pays européens depuis 1980 à renvoyer les demandeurs d'asile dans les pays qu'ils ont traversés pour atteindre le pays dans lequel ils ont demandé l'asile. Dans l'Union européenne (ci-après, « UE »), la [directive procédure](#) distingue le pays d'origine sûr (art. 37) du pays tiers européen sûr (art. 39) et du pays tiers sûr (art. 38). Dans le dernier cas, lorsqu'un État membre de l'UE constate qu'un État tiers à l'UE est « sûr », il peut y transférer le demandeur d'asile sans examen au fond de sa demande de protection.

Depuis la crise d'accueil des demandeurs d'asile en Europe en 2015 et 2016, les États européens renforcent la pratique des accords bilatéraux de réadmission. Ces accords prévoient, dans certains cas, le transfert des demandeurs d'asile non pas dans leur pays d'origine ni dans un pays qu'ils ont traversé, mais dans un pays tiers jugé « sûr » qui peut ensuite les expulser vers leur pays d'origine⁴. L'un des exemples les plus récents est celui de la Déclaration entre l'UE et la Turquie du 18 mars 2016 qui prévoit le transfert des demandeurs d'asile de l'UE en Turquie. Cette Déclaration qui [échappe au contrôle juridictionnel européen](#) interroge, d'un côté, sur les garanties permettant de conclure que la Turquie est un pays tiers sûr au sens de l'article 38 de la [directive procédure](#). Cet article subordonne le concept de pays tiers sûr à la certitude que le demandeur de protection y sera traité conformément à la Convention de Genève, or dans le cas d'espèce, la Turquie ne reconnaît le statut de réfugié qu'aux

² Notre traduction, texte original en anglais.

³ J.-Y. Carlier et S. Sarolea, *Droit des étrangers*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 99, pt 52 et p. 457, pt 510.

⁴ Parlement européen, *Document de travail sur l'asile dans les États membres de l'Union européenne*, LIBE 108, janvier 2000.

seuls ressortissants provenant d'Europe. D'un autre côté, elle soulève la question de sa compatibilité avec les droits fondamentaux des migrants et des réfugiés directement visés⁵.

Le schéma emprunté par le Royaume-Uni après sa sortie de l'UE est pratiquement le même. Dans le [partenariat](#) (§ 2.2) signé avec le Rwanda, les États parties conviennent de « créer un mécanisme de relocalisation des demandeurs d'asile dont les demandes ne sont pas examinées par le Royaume-Uni, vers le Rwanda, qui traitera leurs demandes et installera ou expulsera (selon le cas) les individus après qu'il aura été statué sur leur demande, conformément au droit interne du Rwanda [...] y compris les assurances données dans le cadre de cet arrangement »⁶. Un tel accord de coopération fait fi des [mépris, d'intolérance, de discrimination et de mauvais traitements dont sont l'objet les minorités sexuelles au Rwanda](#)⁷. Il en est de même des difficultés liées au refus d'enregistrer les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle, l'impartialité du pouvoir judiciaire et des difficultés procédurales majeures en matière de traitements des demandes d'asile (§§ 133-286), sans compter le fait que le Rwanda, pays le plus densément peuplé d'Afrique continentale, connaît un problème démographique majeur rapporté à la superficie agropastorale arable⁸. Bref, la Cour reproche au Royaume-Uni de s'en tenir aux « assurances du Rwanda » et d'ignorer les conditions matérielles qui entravent gravement le système d'asile rwandais.

2. *Quelle leçon pour la coopération migratoire entre l'Union européenne et l'Afrique ?*

Les objectifs de retour effectif des migrants en situation irrégulière en Europe et même de dissuasion d'autres qui souhaiteraient rejoindre l'Europe conduisent celle-ci à risquer de se détourner progressivement de ses valeurs qui font d'elle aujourd'hui un modèle à suivre⁹. D'un côté, l'UE développe une frénésie pour les accords de réadmission avec les pays africains. À ce jour, les mandats de négociation de tels accords existent avec l'Algérie, le Mali, le Maroc et le Nigéria. Des arrangements ou accords de réadmission ont été conclus avec le Cap-Vert, la Guinée, la Côte d'Ivoire, l'Éthiopie, la Gambie et la Tunisie permettant d'y renvoyer des migrants « économiques » en situation irrégulière. Tout en rappelant que cette catégorie des migrants n'a pas de statut juridique spécifique en droit international à l'opposé de la catégorie des réfugiés, l'inaccessibilité actuelle du système d'asile européen prive des personnes éligibles de la protection de la Convention de Genève, comme l'illustre le graphique ci-dessous :

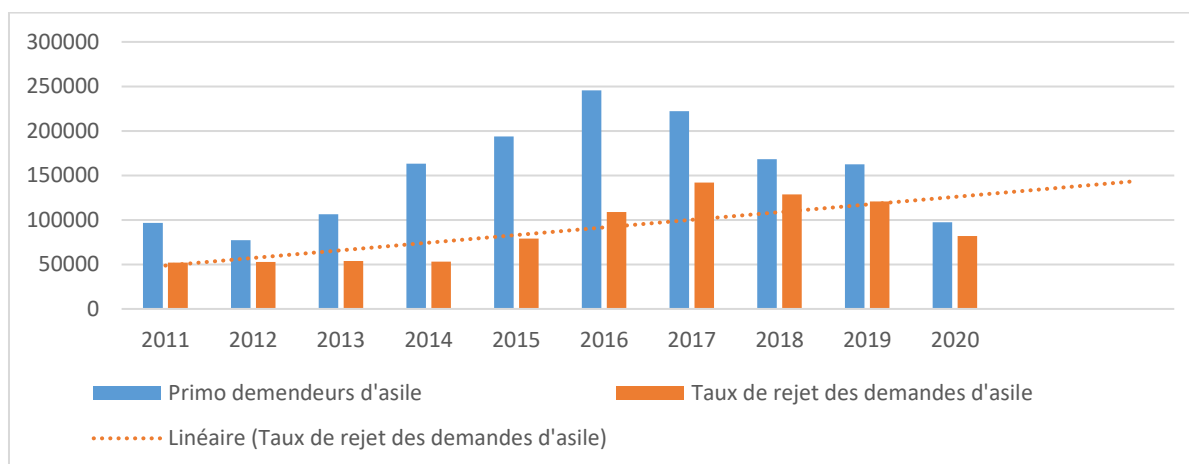
⁵ J.-B. Farcy et G. Renaudière, « [L'accord UE-Turquie devant le Tribunal de l'Union européenne : une incompétence lourde de conséquences](#) », *Newsletter de l'EDEM*, mars 2017.

⁶ Notre traduction, texte original en anglais.

⁷ I. Iradukunda et R. Odoyo, « [Une analyse de paysage des droits humains des communautés des professionnels de sexe et LGBT au Rwanda](#) », *UHAI EASHRI*, 2016, p. 10.

⁸ A. Ombeni et S. Sarolea, « Migration : The African Great Lakes and the European Union », in A.O. Akinola et J. Bjarnesen (dir.), *Worlds Apart ? Perspectives on Africa-EU Migration*, Sunnyside, Fanele, 2022, p. 245 : « Today, three of the five AGL countries (Rwanda, Burundi and Uganda) are the most densely populated in Africa, and access to land is a permanent source of conflict. Rwanda ranks first with about 499 inhabitants per square kilometre. »

⁹ M. Wagner et al., [The implementation of the common European asylum system](#), European Parliament, Brussels, 2016, pp. 43-52.



Source : *Données Eurostat.*

De 2011 à 2016, le taux moyen de rejet en première instance de primo-demandes d'asile de ressortissants africains est d'environ 48 %. En d'autres termes, plus de 50 % des primo-demandeurs d'asile africains obtenaient une protection dans l'UE. En revanche, la période suivante (2017 à 2020) va voir ce chiffre diminuer considérablement jusqu'à atteindre près de 75 % de taux de rejet en première instance. D'ailleurs en 2020, *plus de quatre primo-demandes d'asile sur cinq déposées par les migrants africains dans l'UE ont été rejetées*. En conséquence, autant il y a une augmentation du taux de rejet de demandes d'asile, autant il y a une diminution du nombre des demandes d'asile, autant il y a des personnes éligibles privées de la protection de la Convention de Genève, autant il y a des demandeurs d'asile qui se retrouvent dans la catégorie des migrants en situation irrégulière qualifiés d'« économiques ».

Comme l'enseigne l'arrêt commenté, le taux de rejet des demandes d'asile est l'un des critères d'évaluation d'un système d'asile effectif. En l'occurrence, la Cour a pris en compte le taux global de rejet du Comité rwandais de détermination du statut de réfugiés qui est de 77 %, et de 100 % pour les demandeurs d'asile afghans, yéménites et syriens (§ 96) pour conclure à l'ineffectivité du système d'asile rwandais.

Il en découle que la pratique actuelle au sein de l'UE, combinant le rejet quasi systématique des demandes d'asile (en première instance et qui décourage plusieurs demandeurs d'asile de faire appel) et la multiplication des accords de réadmission, sans réellement tenir compte des conditions matérielles auxquelles les demandeurs de protection déboutés par un système d'asile dissuasif seront confrontés dans les pays de renvoi, l'UE se met en marge du droit international, en particulier la Convention de Genève, les articles 3 CEDH et 4 de la [Charte des droits fondamentaux de l'UE](#).

C. Conclusion

L'arrêt commenté est hautement significatif dans les relations migratoires entre les pays dits du Nord et ceux dits du Sud. L'externalisation des politiques migratoires est une menace à l'édifice de la protection internationale. Cette externalisation, que ça soit dans le cadre du Royaume-Uni avec le Rwanda ([140 millions de livres sterling versés au Rwanda](#)) ou de l'UE avec les pays africains (notamment le [Fonds fiduciaire de l'UE pour l'Afrique](#)) s'accompagne toujours des versements des sommes d'argent, plus ou moins proportionnelles au nombre des migrants à accueillir. Cela soulève de sérieuses questions sur la légalité et/ou la légitimité de cette pratique qui crée un « business

interétatique » des migrants et demandeurs d'asile, et prive les êtres humains fuyant l'enfer du choix d'un lieu sûr de protection.

L'édifice de la protection internationale est si menacé que le tri des réfugiés tend à s'imposer comme la norme, marquant ainsi un retour à la limitation géographique du statut de réfugié qui viderait le [Protocole de 1967](#) de toute sa substance.

D. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour d'appel (Royaume-Uni), 29 juin 2023, *R (AAA) v. SSHD*, EWCA Civ 745.

Doctrine :

- Carlier, J.-Y. et Sarolea, S., *Droit des étrangers*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2016.
- Farcy, J.-B. et Renaudière, G., « [L'accord UE-Turquie devant le Tribunal de l'Union européenne : une incompétence lourde de conséquences](#) », *Newsletter de l'EDEM*, mars 2017.
- Iradukunda, I. et Odoyo, R., « [Une analyse de paysage des droits humains des communautés des professionnels de sexe et LGBT au Rwanda](#) », *UHAI EASHRI*, 2016.
- Muhambya, I.B., « [UK-Rwanda agreement versus legal framework on the protection of refugees: primacy of minimum guarantees of human rights](#) », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2022.
- Ombeni, A. et Sarolea, S., « Migration : The African Great Lakes and the European Union », in A.O. Akinola et J. Bjarnesen (dir.), *Worlds Apart ? Perspectives on Africa-EU Migration*, Sunnyside, Fanele, 2022.
- Parlement européen, *Document de travail sur l'asile dans les États membres de l'Union européenne*, LIBE 108, janvier 2000.
- Wagner, M. et al., *The implementation of the common European asylum system*, European Parliament, Brussels, 2016.

Pour citer cette note : A. OMBENI, « L'externalisation de l'asile : une menace à l'édifice de la protection internationale », *Cahiers de l'EDEM*, août 2023.

4. RÉCIT DE VIE – RÉALISER LA NAÏVETÉ

La première rencontre avec la migration dépend du milieu et du contexte générationnel dans lequel on a grandi. La mienne s'est réalisée naturellement. Je viens de la région de Mouscron, à proximité de la frontière française. Dans ma classe, parmi mes voisins, il y avait des camarades issus de l'immigration française ou italienne ou encore algérienne ou marocaine, ils faisaient partie intégrante de ma réalité.

La prise de conscience des questions juridiques complexes que pose l'existence de ce phénomène particulier a eu lieu pendant mes études de droit à Louvain-la-Neuve. J'y suis sans doute venu par le biais des droits humains et des remises en causes que souvent elle induit. Lors d'un cours, Jean-Yves Carlier nous a invités à venir écouter James Hathaway qui donnait une conférence à Bruxelles. J'y suis allé, cette conférence m'a permis de m'ouvrir les yeux sur la problématique juridique de l'asile et à tous les enjeux techniques qui se cachent derrière elle. À cette époque, à la fin des années 2000, les médias n'accordaient pas autant d'importance au parcours de l'asile, et la spécificité du corps de normes qui la régit n'était pas abordée dans les cours de droit en tronc commun.

Après mes études, j'étais intéressé par des questions théoriques telles les interactions entre différents systèmes juridiques et la manière dont la régulation des comportements des citoyens en est impactée. Si le projet d'une thèse m'intéressait, la décision sur une demande de financement se faisait attendre. J'ai commencé le barreau à Bruxelles. L'expérience a duré quelques mois, elle m'a amené à être confronté à de multiples réalités et au poids des responsabilités. J'ai eu comme clients des migrants nantis, tels des Américains qui voulaient un passeport européen pour mieux gérer leur business, comme des demandeurs d'asile extrêmement précaires et d'autres venant de milieux privilégiés. La diversité se jouait au niveau de la compréhension des réalités, du système juridique, de la capacité à exprimer leurs besoins. Devenir avocat signifie qu'une personne qui ne peut s'exprimer seule et trouver son chemin dans le système juridique te demande de porter sa voix. Même si tu es stagiaire-avocat depuis quelques semaines, tu te dois d'assumer cette responsabilité.

Cette première expérience au barreau fut brève mais elle m'a permis de réaliser le *gap* énorme qui existe entre la norme et les faits. Cela m'est apparu plus clairement encore lorsque j'y suis retourné après ma thèse. Mon intérêt pour une approche anthropologique est devenu encore plus grand, il offre les outils théoriques et méthodologiques pour mieux appréhender la norme dans ses dimensions de mise en œuvre concrète. En tant qu'avocat, il est indispensable de comprendre comment le décideur qui est soit le juge soit l'administration appréhende *ce gap*, afin de donner une chance aux arguments de ton client d'être compris et entendus dans le processus décisionnel. Je n'avais pas envisagé l'importance de ce rôle de l'avocat, je pensais l'analyse juridique primordiale. Il doit veiller à mettre en avant les éléments favorables dans l'intérêt de son client et également tout mettre en œuvre afin que l'interprétation de la loi qui lui est favorable soit retenue.

Bien sûr, je n'ignorais bien pas ce possible décalage mais je n'étais néanmoins pas en mesure de réaliser sa nature et son étendue. Je me souviens de soirées avec des amis jeunes avocats comme moi au cours desquelles nous nous amusions de constater que nous n'avions jamais envisagé, pendant nos études, tous les cas de figure auxquels nous étions confrontés. Ils n'existaient ni en doctrine ni en jurisprudence.

J'ai commencé ma thèse lorsque Sylvie Sarolea a obtenu un budget européen pour étudier la manière dont la première génération des directives européennes relatives à l'asile avait été transposée dans les ordres juridiques internes. Dans ce cadre a été constituée l'EDEM, j'ai pu avoir un financement pour travailler pendant un an et demi les questions que je voulais aborder dans ma thèse. J'ai commencé par analyser la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers qui n'avait pas encore fait l'objet d'une étude systématique. Ce fut très frustrant car il était quasiment impossible d'identifier le raisonnement. Les motivations en droit administratif sont elliptiques, truffées de

copier-coller. La figure du juge était déjà devenue très contestée. Il a davantage de pouvoir et fait donc l'objet de plus de critiques. Le contentieux lié à la migration est devenu un contentieux de masse et néanmoins, une analyse au cas par cas est exigée. Les juges sont sans cesse confrontés à ce paradoxe. Ils pensent en même temps à rendre une décision pragmatique et à répondre à leur censeur qui est la juridiction supérieure mais également à la communauté juridique et académique car les arrêts sont publics et, de manière générale, à la population.

Le budget a été renouvelé, j'ai pu approfondir mes recherches et finaliser ma thèse. J'ai ensuite rejoint un temps le barreau, en gardant des activités d'enseignement et de recherche. J'ai ensuite eu un financement et ai pu partir à l'étranger réaliser un postdoc. Au terme de ce postdoc, j'ai été nommé directeur d'un groupe de recherches à l'Institut Max Planck en Allemagne.

Dès le début de ma thèse, j'avais été confronté aux questions du financement de la recherche, le sujet est très déprimant. Le marché académique est dans un état délétère. Il permet certes de vivre très confortablement avec pour mission principale de réfléchir, mais les contrats sont généralement à temps partiel et pour des durées très limitées. En tant que chercheurs nous devons intégrer que nous sommes un produit marketing et qu'il nous incombe de plaire aux bailleurs de la recherche, qui ont eux-mêmes des priorités politiques. Nous devons déterminer si notre recherche cadre dans leurs priorités (et si nous le souhaitons). Il y a un réel danger de mener carrière en « sautant » de financement en financement, en voguant au gré des tendances scientifiques et politiques plutôt qu'en les questionnant.

Les premières recherches pour ma thèse ont porté sur le principe de non-refoulement et ses interactions avec la Convention des droits de l'homme, le droit de l'UE et le droit public belge. Au fur et à mesure de la recherche, elles ont évolué vers la question de la confiance mutuelle entre les pays de l'UE et celle de la gestion des différentes applications de la norme européenne, en matière d'asile. La confiance mutuelle a été constitutionnalisée par la Cour de justice, alors qu'elle ne l'était pas explicitement par les Traités. Il est évident qu'une même norme va entraîner des applications très variées, comment et jusqu'où le décalage est toléré ?

Le droit de l'Union s'est développé grâce à une perspective de commerce avec un marché unique. Dans ce contexte, le concept de confiance mutuelle s'est développé en arrière-plan de la reconnaissance mutuelle, sans poser beaucoup de problèmes. Il est plus aisé de s'entendre à propos des questions de commerce plutôt que de valeurs. Quand l'UE a intégré sécurité et justice, ce concept de confiance mutuelle est devenu central. Quand on parle de migration et d'asile, il faut s'entendre concernant des valeurs, et la conception même de l'État.

Pour appréhender la notion de confiance mutuelle, il ne faut pas omettre qu'elle va de pair avec la notion de méfiance. J'ai développé ce lien dans ma thèse. Pour permettre de le comprendre, je prends souvent l'exemple d'un enfant confié par ses parents à la garde d'un professionnel. Les parents vont demander certaines garanties avant de le confier à un tiers. Une confiance aveugle est impossible. Les critères doivent pouvoir varier en fonction de l'enfant, des circonstances. Si des parents remettent en cause leur confiance, dans une situation particulière, cela ne signifie pas que tout le système doit l'être. De la même manière, le concept de confiance mutuelle entre les États membres doit être nourri, les nuances doivent être possibles comme les remises en cause.

L'effondrement du système d'accueil en Grèce, suite à la crise financière de 2008, a bousculé les paradigmes. Le constat d'une situation de déficience systémique s'est imposé. Il n'y avait pas de décisions sur la demande d'asile et pas de prise en charge des demandeurs d'asile et donc pas de leurs besoins spécifiques. Dans un premier temps, il y a eu une relative tolérance eu égard à la situation économique catastrophique de la Grèce.

Peu à peu, les autres États membres ont remis en cause cette confiance mutuelle et ont interrogé le respect de l'article 3 de la CEDH dans le cadre de l'accueil des migrants¹. Dans l'affaire *M.S.S. contre Belgique et Grèce* jugée en Grande Chambre par la Cour européenne des droits de l'homme le 21 janvier 2011, les juges de Strasbourg ont affirmé que les demandeurs d'asile forment un « groupe vulnérable ». L'article 3 de la CEDH fait également référence à des notions aux contours incertains ce qui pose de nombreuses questions pour une application uniforme de la norme.

Mireille Delmas-Marty, dans son livre *Le flou du droit*², explique bien comment, avec le développement des droits fondamentaux, des notions particulièrement « floues » ont été injectées dans nos corpus juridiques. La responsabilité du juge ne cesse d'augmenter, il lui incombe de déterminer le contenu de ces notions dans des cas concrets. La marge de manœuvre du juge est plus importante en raison de l'intégration de ces normes et les critiques dont il peut faire l'objet. Le concept de confiance mutuelle n'est pas si différent. C'est un signal que l'on envoie au juge, il devrait partir du principe qu'il n'y aura pas de difficultés quant à la mise en œuvre du droit de l'Union, en ce compris les droits fondamentaux, par un autre État membre.

Le concept de *vulnérabilité*, exemple de concept flou, permet d'accompagner la confiance mutuelle. Il permet certaines remises en cause dans des cas individuels sans porter atteinte à la cohérence générale du système. S'il est démontré qu'un État n'a pas pris en considération les vulnérabilités dans un cas spécifique, la confiance est ôtée. Ce concept de vulnérabilité exige donc une plus grande individualisation, et une obligation de motivation qui peut être perçue comme excessive pour le fonctionnaire ou le juge. Ces tensions entre l'exigence d'une motivation la plus spécifique possible et l'exigence de pragmatisme et efficacité ne cessent de me fasciner. À celles-ci s'ajoute la diversité des conceptions de la vulnérabilité, particulièrement dans un contexte européen où des cultures juridiques diverses doivent s'agréger sur des sujets aussi clivants que l'asile et la migration.

Pour être en mesure d'appréhender la spécificité des différents angles de vue, j'ai très vite réalisé qu'une approche interdisciplinaire était indispensable. Un autre paradoxe vient de l'intégration du concept de vulnérabilité alors que l'approche de la migration est éminemment sécuritaire. Cette notion qui paraît au départ très généreuse dans sa conception risque d'avoir pour effet d'induire une diminution des droits, qui seraient limités à ceux qui parviendraient à démontrer leur vulnérabilité particulière. Je me souviens encore d'une réunion au cours de laquelle diverses organisations et institutions concernées par la procédure d'asile en UE étaient représentées, la question du danger de passer d'un système de protection des réfugiés à ne protéger que les réfugiés les plus vulnérables fut ouvertement posée.

Passer d'un droit général à la détermination d'une catégorie concrète de bénéficiaires est évidemment une question très contestée tant d'un point de vue juridique que philosophique et anthropologique. À mon sens, le débat sur la vulnérabilité ne peut permettre d'occulter le débat sur les standards à garantir à tout demandeur d'asile. Grâce à ce débat, des questions intéressantes peuvent surgir comme : est-ce un droit de voir sa demande d'asile examinée au regard de telle procédure et non de telle autre ? Le droit à la dignité humaine induit-il nécessairement une prise en charge spécialisée durant la procédure d'asile ?

Pour comprendre le débat actuel sur cette question de vulnérabilité, il ne faut pas omettre qu'il est né parce qu'on ne s'entendait pas sur les standards à garantir aux demandeurs d'asile. Par l'émotion et les bons sentiments, le désaccord a été dépassé. Qui oserait s'opposer à la protection des plus vulnérables, comme les enfants, les individus malades, etc. ? Mais ce nouveau débat ne peut venir

¹ Article 3 – Interdiction de la torture – « Personne ne peut infliger à quiconque des blessures ou des tortures. Même en détention, la dignité humaine doit être respectée ».

² M. Delmas-Marty, *Le flou du droit – Du code pénal aux droits de l'homme*, Collection Quadrige, Paris, PUF, 2004.

occulter la question originaire, qui est celle de la détermination des droits de ceux qui demandent l'asile. Il ne peut de surcroît reposer sur une compréhension théorique des réalités de terrain.

Les demandeurs doivent démontrer qu'ils sont suffisamment vulnérables pour mériter une protection, ce postulat induit une concurrence entre eux. Elle ne devrait pas leur être reprochée. Ces stratégies sont normales : tout acteur d'un système juridique va nécessairement présenter ses arguments d'une manière dont ils sont susceptibles d'être entendus en droit, et adapter son comportement en conséquence. Mais il ne faudrait absolument pas qu'au nom d'une focalisation du discours sur la vulnérabilité des demandeurs d'asile, elles en viennent à être niées.

Après avoir déposé ma thèse, je suis allé en vacances. Avec mon mari, nous avons pris le train de nuit à Budapest. La gare était comble de réfugiés, c'était en 2015, en pleine crise migratoire. C'était très étrange d'avoir tant travaillé sur un sujet, et d'avoir immédiatement envie de la réécrire au regard des événements qui étaient en train de se dérouler sous mes yeux.

Mon positionnement était alors très ambivalent, je tenais à retrouver le barreau et le terrain mais j'avais également envie de continuer à étudier la manière dont les normes allaient être appliquées à ces nouvelles réalités. Je devais aussi accepter de passer ce cap inhérent à tout travail de recherche, arrêter, accepter que le produit fini est par définition imparfait. Je devais fermer toutes les portes, je devais accepter que je n'en ouvrirais jamais certaines même si je les trouvais intéressantes.

La collecte de données juridiques a pour but de nourrir le raisonnement en droit. La méthode que j'avais définie pour étudier la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers dans le cadre de ma thèse était absolument classique. Avec le recul, je pense que des interviews des magistrats auraient été indispensables pour compléter l'analyse jurisprudentielle. À l'époque, cela n'était pas envisageable. J'aurais voulu déjà développer l'interdisciplinarité pour être certain de diversifier les perspectives. Mais il y avait les diktats, que j'avais intégrés à l'époque. « Si tu réponds aux canons de la science juridique, tu ne peux pas faire de l'anthropologie, si tu réponds aux canons de l'anthropologie, tu ne peux pas faire du droit. » Divers projets de recherche m'ont ensuite permis de les interroger, l'interdisciplinarité m'amène aujourd'hui à les questionner plus encore.

En tant que chercheur, je ne me conçois pas comme susceptible d'influencer la norme dans un sens ou dans un autre. Je n'ai pas une perspective de militance. Comme chercheur, je me suis intéressé à la norme, j'ai voulu la comprendre, mettre en lumière les différents mécanismes qui prévalent à son origine et à son application concrète, en multipliant les angles et perspectives. Quand on prend l'exemple de la vulnérabilité, c'est évident, en fonction de la perspective on aura des approches totalement différentes. Un officier de protection du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, un travailleur social, un avocat, un demandeur d'asile, un juge, etc. auront des perceptions totalement différentes – parce que leur rôle social est différent.

À chaque étape de mes recherches, j'ai eu l'impression d'accéder à un nouveau stade de compréhension, toujours avec un même sentiment de naïveté. Je réalisais que ce que je pensais avoir compris était extrêmement naïf. Il me manquait un niveau et je ne le soupçonnais pas avant d'y accéder. Le processus est sans fin, il manquera toujours un niveau.

Je tente de partager ces interrogations. Sans du tout paraître prétentieux, j'aimerais comme chercheur permettre une meilleure compréhension de la norme et de son contexte, pour une meilleure application de celle-ci. Je pense en effet qu'une norme mieux comprise sera moins en décalage avec les réalités auxquelles elle doit s'appliquer.

Actuellement, je suis en charge de la coordination d'un projet européen sur cette notion de vulnérabilité. Cela veut dire très concrètement que j'ai fixé les objectifs de la recherche, que j'articule les recherches réalisées par plusieurs chercheurs dans plusieurs sites, et que je suis responsable au regard de l'Union européenne, qui finance la recherche, de son aboutissement et de sa cohérence. L'idée était d'avoir dans chaque lieu deux chercheurs, un juriste et un sociologue ou un

anthropologue, mais cela a été modalisé en fonction des pays. J'apprécie et déteste cette nouvelle fonction. Le rôle de management est très enrichissant, et en même temps je le déteste car je n'ai pas les coudées franches. Au niveau conceptuel, je les prends, ce qui implique que l'on se confronte à l'autre. Ce carcan n'est parfois pas aisé à supporter et c'est en même temps une immense richesse. Les sensibilités sont extrêmement différentes au travers du projet, elles permettent d'avoir une vision plus riche. Quand j'étais chercheur, j'avais davantage de liberté et je n'avais pas ce souci, mais je n'avais pas les échanges et les interactions que j'apprécie tant.

L'EDEM demeure un partenaire naturel dans mes projets comme dans mes réflexions, ce sont mes premières racines intellectuelles et j'y ai créé de belles relations interpersonnelles. Si j'ai pris mon envol, je reste en contact.

Pour citer cette note : « Réaliser la naïveté », Récit de vie recueilli par Béatrice Chapaux dans le cadre d'un projet Migrations et récits de vie financé par le Fonds de développement culturel d'UCLouvain Culture, août 2023.