

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](#)

Sommaire

1. Cour eur. D.H., 15 février 2024, *U c. France*, req. n° 53254/20 – Le principe de l'appréciation complète et *ex nunc* des risques de persécution d'un réfugié visé par une mesure d'éloignement

.....3
Guelor Paluku Matata

Expulsion – Réfugié privé de son statut – Situation générale de violence dans le pays de destination – Appréciation *ex nunc* de la situation du réfugié avant son renvoi – Articles 3 et 8 CEDH.

L'expulsion d'un réfugié privé de son statut pour l'une des causes citées à l'article 32.1 de la convention de Genève relative au statut des réfugiés doit être précédée par l'analyse complète et actualisée de la situation personnelle du réfugié par l'État d'accueil. Si un réfugié évoque l'existence d'une situation générale de violence dans le pays de destination pour contester son renvoi, il doit prouver que ladite situation est d'une intensité extrême pour que son renvoi vers ce pays soit de nature à l'exposer aux violations de l'article 3 CEDH.

2. Haute Cour d'Afrique du Sud (Gauteng Division, Pretoria), 12 février 2024, *Ashago v. Minister of Home Affairs and Others*, n° 2024-002723 – Le jeu des incriminations connexes liées à la répression de l'entrée irrégulière sur le territoire est-il conciliable avec le principe de non-refoulement ?

.....9
Bertin Nalukoma Ireng

Détention de demandeur d'asile – Principe de non-refoulement – Séjour illégal – Droit pénal – *Lex specialis*.

La Haute Cour d'Afrique du Sud confirme une application simultanée de deux régimes répressifs et restrictifs de liberté distincts à l'occasion de l'entrée irrégulière d'un demandeur de protection internationale. Celui-ci a utilisé une identité frauduleuse pour obtenir un rendez-vous à l'office d'accueil des réfugiés. Arrêté d'abord pour l'entrée illégale et le séjour illégal en Afrique du Sud sur la base de la loi sur l'immigration, cette charge est abandonnée lors du recours du requérant et est remplacée par la charge de fraude sur la base de la loi relative à la procédure pénale. La Cour ne désapprouve par ce changement de régime pour poursuivre la détention. Elle n'examine pas la législation relative aux réfugiés et considère que la détention n'empêche pas le requérant d'introduire sa demande de protection internationale.

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 :



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

3. Cour d'appel du Québec, 7 février 2024, *Procureur général du Québec c. Kanyinda*, 2024 QCCA 144 – Différence de traitement entre le demandeur d'asile et le réfugié : occasion manquée par la Cour d'appel de se prononcer sur la discrimination fondée sur le statut migratoire en faveur de celle fondée sur le genre..... 13
Benjamin Kagina Senga

Services de garde subventionnée – Discrimination fondée sur le statut migratoire – Discrimination fondée sur le sexe – Demandeur d'asile et réfugié.

Dans son arrêt du 7 février 2024, la Cour d'appel du Québec a notamment conclu que l'article 3 du Règlement sur la contribution réduite constitue une discrimination fondée sur le « sexe » par effet préjudiciable pour les femmes demandeuses d'asile au Canada. Bien qu'il offre une analyse intéressante sur la discrimination fondée sur le genre, cet arrêt laisse un sentiment d'un rendez-vous manqué, car la Cour a évité de se prononcer sur l'existence d'une discrimination fondée sur le statut migratoire, alors que la nature de l'affaire l'imposait.

4. **Récit de vie – Des gens formidables 17**

Depuis mars 2023, les Cahiers 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.

1. COUR EUR. D.H., 15 FÉVRIER 2024, U C. FRANCE, REQ. N° 53254/20

Le principe de l'appréciation complète et ex nunc des risques de persécution d'un réfugié visé par une mesure d'éloignement

Guelor PALUKU MATATA

A. Arrêt

L'arrêt commenté a été rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») à la suite d'une requête introduite par un ressortissant russe visé par une procédure d'éloignement en France. Bien qu'il ne soit pas encore définitif, cet arrêt contient des enseignements de droit qu'il convient de relever.

1. Faits

Le requérant est un ressortissant russe d'origine tchéchène né en Russie en 1968. Il entre en France en septembre 2009 et introduit une demande de protection internationale auprès de l'Office français pour les réfugiés et les apatrides (ci-après « OFPRA »). Il invoque à la base de sa demande que sa collaboration avec un militant russe des droits humains en 2003 ainsi que son adhésion à une ONG de défense des droits de l'homme en 2008 lui avaient valu plusieurs arrestations et mauvais traitements de la part des autorités russes.

En date du 15 novembre 2011, l'OFPRA rejette sa demande. Le 22 mai 2012, la Cour nationale du droit d'asile de la France (ci-après « CNDA ») lui accorde le statut de réfugié ainsi qu'à son épouse. Environ trois ans plus tard, le requérant est condamné par le tribunal correctionnel de Strasbourg à une peine de huit mois d'emprisonnement. Il est reconnu coupable de terrorisme, de menace de crime et d'acte d'intimidation contre un chargé de mission de service public. En septembre 2015, la Cour d'appel du Colmar confirme sa culpabilité et porte sa peine à un an d'emprisonnement suivi d'une interdiction définitive du territoire français.

Le 18 avril 2016, l'OFPRA lui retire le statut de réfugié. Le même jour, il introduit un recours devant la CNDA. Cette dernière rejette son recours et confirme la décision de l'OFPRA. Il est plusieurs fois assigné à résidence dans le cadre de la procédure de son renvoi. Estimant que son renvoi vers la Russie l'expose aux risques de persécution, il saisit la Cour d'une demande de mesure provisoire en avril 2016. En date du 4 mai 2016, la Cour indique au gouvernement français de ne pas renvoyer le requérant avant le 25 mai 2016. Par sa décision du 16 janvier 2020, le préfet de Haute-Garonne indique la Fédération de Russie comme État de renvoi.

Par un avis du 14 février 2020, la CNDA indique que le requérant conserve la qualité de réfugié en dépit de la révocation de son statut de réfugié. Elle précise à cette occasion que la décision fixant la Russie comme pays de renvoi doit être annulée. Cet avis est annulé par la Cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 22 janvier 2020. Le 3 mars 2020, saisie d'une nouvelle demande de mesure provisoire, la Cour indique au gouvernement français de ne pas renvoyer le requérant vers la Russie avant le 17 mars 2020. Le 8 décembre 2020, le requérant saisit à nouveau la Cour d'une demande de mesure provisoire. En cette même date, la Cour indique au gouvernement français de ne pas renvoyer le requérant vers la Russie pendant la procédure devant elle.

2. Préentions des parties

Le requérant soutient qu'un éloignement vers la Fédération de Russie l'expose à des traitements contraires à l'article 3 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (ci-après « la Convention ») (§ 79). Il fonde ses craintes de persécution sur deux éléments principaux. D'une part, les traitements inhumains dont il a été victime en Russie avant son entrée en France ainsi que les

menaces qu'il continue de recevoir de la part des autorités russes. D'autre part, la situation générale de violence qui règne dans son État d'origine. Il se plaint que l'assignation à résidence dont il fait l'objet, couplée à sa situation administrative à la suite de l'interdiction définitive du territoire français, le prive de tout accès à l'emploi et porte atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (§ 136).

S'agissant des griefs tirés de l'article 3 de la Convention, le gouvernement français fait valoir que la Fédération de Russie ne présente pas une situation générale de violence telle que tout renvoi vers cet État en constituerait une violation (§ 91). Il considère que le requérant se contente d'une argumentation très sommaire afin de démontrer la réalité et l'actualité des risques de mauvais traitements en cas de retour en Russie. Pour le gouvernement français, ces risques doivent être remis en cause bien que la qualité de réfugié lui ait été reconnue par la CNDA (§ 92).

Quant aux griefs tirés de l'article 8, le gouvernement soulève une exception d'irrecevabilité tenant au non-épuisement des voies de recours (§ 138). Il constate que le requérant a présenté une demande d'abrogation de la décision d'assignation à résidence le 4 juillet 2022 auprès du ministre de l'Intérieur, et que ladite demande a fait l'objet d'un rejet implicite. Dès lors, il lui appartenait, en vertu des dispositions de l'article R. 421-2 du [code de justice administrative français](#), de contester cette décision devant le tribunal administratif dans un délai de deux mois, puis devant la cour administrative d'appel et le Conseil d'État (§ 139).

3. Décision de la Cour

– Sur la recevabilité

La Cour constate que le grief tiré de l'article 3 n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35, § 3, a, de la Convention et qu'il ne se heurte, par ailleurs, à aucun autre motif d'irrecevabilité (§ 80). Quant à celui tiré de l'article 8, la Cour décide qu'elle est irrecevable du fait de non-épuisement des voies de recours internes par le requérant (§§ 148 et 149).

– Sur le fond

La Cour décide que dans l'éventualité de la mise à exécution de la décision de renvoyer le requérant vers la Fédération de Russie, il n'y aurait pas violation de l'article 3 de la Convention.

B. Éclairage

Dans l'arrêt commenté, la Cour démontre qu'un État d'accueil doit préalablement étudier de manière complète et approfondie la situation actuelle de la personne à éloigner avant de l'expulser (1). Elle précise également que tout renvoi d'une personne vers un pays où règne une situation générale de violence n'emporte pas systématiquement violation de l'article 3 de la Convention (2).

1. Obligation positive des États parties à la CEDH avant d'expulser un réfugié privé de son statut

L'article 32(1) de la [Convention de Genève relative au statut des réfugiés](#) admet quelques exceptions au principe de non-refoulement. Il s'agit, notamment, de situations dans lesquelles un bénéficiaire de la qualité de réfugié représente une menace réelle et sérieuse à la sécurité nationale ainsi qu'à l'ordre public de l'État d'accueil. Lorsqu'une de ces situations est identifiée dans le chef d'un réfugié, un État est en droit de lui retirer le statut de réfugié et de le renvoyer vers son pays d'origine.

Dans son arrêt *K.I. c. France*, la Cour indique que le retrait du statut de réfugié n'implique pas la perte de la qualité de réfugié. Selon elle, après le retrait du statut de réfugié à une personne, l'État d'accueil doit continuer de lui reconnaître la qualité de réfugié sur la base des craintes de persécution pour lesquelles le statut lui avait été initialement accordé.

Cela avait déjà été dit par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») dans son arrêt du 14 mai 2019 rendu à la suite de trois affaires jointes [C-391/16](#), [C-77/17](#) et [C-78/17](#). Dans cet arrêt, la CJUE indique que le statut de réfugié est la reconnaissance formelle, par un État d'accueil, de la qualité de réfugié à une personne remplissant les conditions matérielles fixées par l'article 1, A, 2, de la Convention de Genève de 1951 (§ 80). Selon le même arrêt, il suffit qu'une personne remplisse les conditions matérielles fixées par la disposition ci-avant indiquée pour avoir la qualité de réfugié. Cela signifie que la qualité de réfugié ne dépend pas d'une quelconque reconnaissance formelle par un État (§ 95).

Il faut cependant noter que la conservation de la qualité de réfugié par une personne privée du statut ne signifie pas qu'un État ne peut pas renvoyer un réfugié représentant une menace sérieuse à la sécurité nationale ou à l'ordre public. Commentant l'arrêt *K.I.*, [Jean-Baptiste Farcy](#) pense qu'il est seulement attendu des États parties à la Convention d'établir des garanties procédurales en faveur du réfugié pendant la procédure de son éloignement.

Selon la Cour, dans l'arrêt commenté, ces garanties se traduisent essentiellement en la réalisation d'une étude complète et approfondie de la situation individuelle du réfugié par l'État d'accueil avant de le renvoyer. Pour [Claire Brice-Delajoux](#), il s'agit là d'une obligation positive que la Cour crée dans le chef des États parties à la Convention en matière de protection des réfugiés (en procédure d'éloignement) contre les violations de l'article 3 de la Convention.

Reprenant les conclusions de Mireille La Corre, rapporteur public de l'affaire *K.I.*, la Cour indique que la réalisation d'une telle obligation doit suivre un cheminement en trois étapes. Premièrement, l'État d'accueil doit présumer la persistance des craintes de persécution tirées de la reconnaissance initiale du statut de réfugié. Ensuite, il faut inviter l'administration de l'État d'accueil à réfuter la persistance et l'actualité desdites craintes. Et si ces craintes persistent, vérifier si elles induisent un risque sérieux de traitements inhumains et dégradants (§§ 116 et s.).

Dans le cas sous examen, la Cour indique que les autorités françaises ont préalablement réalisé une étude approfondie et complète de la situation du requérant (§ 117). Elles ont reconnu la qualité de réfugié au requérant après retrait de son statut ; elles ont apprécié au niveau administratif et juridictionnel les éléments de preuve apportés par le requérant concernant le caractère réel, sérieux, avéré et actuel des risques de persécution en cas de renvoi vers la Russie. Cela étant, la Cour indique que les autorités françaises ont correctement appliqué le principe de l'appréciation *ex nunc* des risques de persécution auxquels serait exposé le requérant en cas de son renvoi vers la Fédération de Russie (§§ 123 et s.).

Si ce principe est une garantie procédurale importante pour un réfugié (visé par une mesure d'éloignement) en ce sens qu'il impose à l'État d'accueil d'apprécier la situation personnelle du réfugié et de l'État de destination au moment de la procédure d'expulsion, il offre à l'État d'accueil la possibilité de renvoyer un réfugié dangereux dont les craintes de persécution ont disparu avec le temps.

Dans le cas d'espèce, la Cour note que le requérant n'a pas su démontrer l'actualité de ses craintes de persécution en cas de son renvoi vers la Fédération de Russie (§ 134). L'absence d'éléments nouveaux pertinents lors de la prise de décision de son renvoi par les autorités françaises et pendant l'appréciation de ses allégations par la Cour, fait jouer le principe susmentionné à sa défaveur. Ainsi, bien qu'il soit originaire d'une partie réputée caractérisée par une situation générale de violence, à savoir la Tchétchénie, son renvoi vers son pays d'origine n'est pas considéré par la Cour comme une violation de l'article 3 de la Convention (§ 134).

Pourtant, dans l'arrêt *R.K. c. France*, la Cour avait décidé que certaines catégories de personnes venant du Nord-Caucase y compris la Tchétchénie, présentent un profil particulier. Il s'agit principalement de « membres de la lutte armée de la résistance tchétchène, les personnes

considérées par les autorités russes comme tels, leurs proches, les personnes les ayant assistés d'une manière ou d'une autre, les civils contraints par les autorités à collaborer avec elles ainsi que les personnes soupçonnées ou condamnées pour des faits de terrorisme » (§ 81).

Dans l'arrêt commenté, la Cour indique que, bien qu'elles soient particulièrement à risque, ces personnes ne font pas partie des groupes systématiquement exposés à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Dès lors, il appartient à la personne se prévalant d'un profil particulier de démontrer que la catégorie à laquelle elle appartient est visée par une pratique actuelle violant systématiquement l'article 3 de la Convention (§ 114).

2. Le renvoi d'un réfugié vers un pays où règne une situation générale de violence n'empêche pas systématiquement la violation de l'article 3 de la Convention

Sans remettre en cause le caractère absolu de la protection offerte par l'article 3 de la Convention (lequel article ne souffre d'aucune restriction même lorsqu'un réfugié représente une menace sérieuse à la sécurité nationale d'un État partie à la Convention tel que décidé dans l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni*), la Cour confirme, dans l'arrêt commenté, que les États ont le droit d'expulser les étrangers (réfugiés) menaçant leur sécurité nationale ou leur ordre public (§ 98). Il s'agit là, selon plusieurs chercheurs, notamment *Claire Brice-Delajoux*, de la recherche, par la Cour, de l'équilibre entre les besoins légitimes des États de se prémunir des risques de terrorisme et le caractère absolu de la protection issue de l'article 3 de la Convention dans le contentieux d'éloignement des étrangers.

En l'espèce, les autorités françaises ont désigné la Russie comme pays vers lequel le requérant sera renvoyé. Devant la Cour, le requérant allègue que son renvoi en Russie (et plus spécialement en Tchétchénie, sa région d'origine) l'exposerait à des traitements inhumains et dégradants dès lors qu'il y règne une situation générale de violence (§§ 81 et s.).

Dans l'appréciation de cette allégation, la Cour se montre méthodique. Elle rappelle d'abord qu'avant de renvoyer une personne bénéficiant de la qualité de réfugié, l'État d'accueil doit analyser la situation générale dans le pays de destination. Selon la Cour, pour y arriver, l'État d'accueil doit suivre la méthodologie qu'elle a établie dans son arrêt *Khasanov et Rakhmanov c. Russie* (§ 104). Cette méthodologie comprend deux grandes étapes. La première consiste à vérifier s'il n'existe pas une situation générale de violence de nature à exposer systématiquement le requérant aux violations de l'article 3 de la Convention dans le pays de destination. La seconde repose sur l'analyse actualisée de la situation personnelle du réfugié à renvoyer (§ 105).

Selon la Cour, s'il est démontré qu'une situation générale de violence règne dans le pays de destination, elle doit être d'une intensité considérable pour qu'elle soit de nature à empêcher l'expulsion d'un réfugié (§ 106). En d'autres termes, une situation générale de violence n'est en principe pas à elle seule de nature à entraîner une violation de l'article 3 en cas d'expulsion vers le pays en question. Ce sont les cas de violence générale les plus extrêmes où l'intéressé court un risque réel de subir de mauvais traitements, du seul fait de son retour dans le pays en question, qui emportent violations de l'article 3 susmentionné (§ 106).

Pour la Cour, certaines personnes, notamment celles appartenant à un groupe vulnérable et ciblé (cité au paragraphe 113 de l'arrêt commenté), ne doivent pas évoquer la situation générale de violence dans le pays de destination pour contester leur renvoi. Elles doivent démontrer l'existence d'une pratique ou d'un risque accru de mauvais traitements visant le groupe auquel ils disent appartenir (§ 109).

En l'espèce, la Cour indique que le requérant n'a pas su démontrer l'actualité d'une pratique de mauvais traitements visant, de manière systématique, le groupe d'activistes des droits humains auquel il appartenait en Fédération de Russie avant son arrivée en France. Il s'est limité à présenter des arguments très sommaires fondés sur ses anciennes opinions politiques pour lesquelles il était

persécuté en Fédération de Russie avant son entrée en France (§§ 127, 128 et 129). Eu égard à cela, il n'y a pas lieu, selon la Cour, de conclure que le renvoi du requérant vers la Russie emporte violation de l'article 3 de la Convention.

De ce qui précède, il y a lieu d'écrire que la Cour aborde avec rigueur et vigilance extrême la question de l'éloignement d'un réfugié privé de son statut pour cause de terrorisme ou trouble de l'ordre public. D'un côté, elle demeure très regardante à l'égard de l'obligation étatique d'analyse complète et actualisée de la situation du réfugié avant son expulsion par l'État d'accueil. De l'autre, elle renforce les exigences à respecter par un réfugié en procédure de renvoi et dont les craintes de persécution persistent afin de bénéficier du caractère absolu de la protection offerte par l'article 3 de la Convention.

3. Conclusion

S'inscrivant dans la suite d'autres arrêts rendus par la Cour en matière de lutte contre le terrorisme et la protection offerte par l'article 3 de la Convention, l'arrêt commenté offre deux grands enseignements. D'une part, il démontre que tout État d'accueil doit procéder à l'appréciation *ex nunc* de la situation personnelle du réfugié avant de le refouler, pour se rassurer de l'absence de risques de persécution du réfugié dans le pays de destination. D'autre part, l'arrêt de la Cour attire l'attention des réfugiés privés de leur statut (pour menace à la sécurité nationale ou trouble de l'ordre public) sur le fait que la protection offerte par l'article 3 susévoqué est, certes, absolue mais pas automatique. Il ne suffit pas d'évoquer l'existence d'une situation générale de violence dans un pays de destination pour bénéficier de ladite protection. Encore faut-il démontrer qu'une telle situation est d'une intensité extrême ou que le risque de traitements inhumains est actuel, sérieux et avéré.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour eur. D.H., 15 février 2024, *U c. France*, req. n° 53254/20.

Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88 ;
- Cour eur. D.H., 12 octobre 2016, *R.K. c. France*, req. n° 68264/14 ;
- C.J.U.E., 14 mai 2019, *M c. Ministerstvo vnitra ; X et X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-391/16, C-77/17 et C-78/17 ;
- Cour eur. D.H., 15 juillet 2021, *K.I. c. France*, req. n° 5560/19 ;
- Cour eur. D.H., 29 avril 2022, *Khasanov et Rakhmanov c. Russie*, req. nos 28492/15 et 49975/15.

Doctrines :

- BRICE-DELAJOUX, Cl., « L'appréhension par la Cour au regard de l'article 3 de la Convention, de la perspective de l'éloignement d'un requérant privé en droit interne du statut de réfugié sur le fondement de la clause d'ordre public, et ses conséquences en droit interne (CEDH, K.I c. France, 15 avril 2021, n° 5560/19) », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, dossier « La France et la Cour européenne des Droits de l'Homme année 2021 », chronique n° 31, 2022 ;
- FARCY, J.-B., « Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale : vers une autonomie croissante du droit européen ? », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2019 ;
- 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 ;
- MACQ, Chr., « L'ordre public et la sécurité nationale comme instruments de contrôle étatique en matière migratoire : quelles limites la jurisprudence européenne fixe-t-elle à l'exercice de ces prérogatives étatiques ? », *Rev. trim. D. H.*, 2020, n° 123, pp. 640-684.
- SAROLEA, S., « Immigration et terrorisme ».

Pour citer cette note : G. PALUKU MATATA, « Le principe de l'appréciation complète et ex nunc des risques de persécution d'un réfugié visé par une mesure d'éloignement », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2024.

2. HAUTE COUR D'AFRIQUE DU SUD (GAUTENG DIVISION, PRETORIA), 12 FÉVRIER 2024, *ASHAGO V. MINISTER OF HOME AFFAIRS AND OTHERS*, N° 2024-002723

Le jeu des incriminations connexes liées à la répression de l'entrée irrégulière sur le territoire est-il conciliable avec le principe de non-refoulement ?

Bertin NALUKOMA IRENGE

A. Arrêt

1. Les faits

Le requérant est un ressortissant éthiopien entré illégalement en Afrique du Sud. Il cherche à y demander asile. Il est, au moment de la décision sous examen, détenu au centre correctionnel de Leeuhof. Avant sa détention pour entrée et séjour illégaux le 10 novembre 2023, il avait tenté à plusieurs reprises, et sans succès, d'obtenir un permis de séjour temporaire pour demander l'asile. Le permis est délivré par le département des affaires intérieur (DHA) à la frontière. La procédure en Afrique du Sud prévoit la condition d'avoir ce permis avant de déposer une demande d'asile à l'office de l'accueil des réfugiés. Le requérant introduit alors une demande d'asile en ligne en utilisant un numéro de référence DHA appartenant à une autre personne. Il reçoit une invitation à se présenter à l'office d'accueil des réfugiés Desmond Tutu le 29 novembre 2023. Il a entretemps été arrêté le 10 novembre 2023 pour violation de la [loi 13 de 2002 sur l'immigration](#)¹, de sorte qu'il ne lui a pas été possible de se présenter à ce rendez-vous.

Après un premier recours urgent, il bénéficie d'une ordonnance du 26 janvier 2024 qui, notamment : (i) interdit de le détenir, de le poursuivre ou de l'expulser jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué sur sa demande d'asile ; (ii) déclare sa détention illégale ; (iii) déclare que le requérant a le droit de rester légalement en Afrique du Sud durant le traitement de sa demande d'asile ; (iv) invite le requérant à présenter sa demande d'asile durant les 14 jours de sa libération ; et (v) exige des défendeurs, sur présentation par le requérant de sa demande d'asile, d'accepter celle-ci ainsi que de lui délivrer un permis de séjour temporaire durant la période de traitement de sa demande d'asile, y compris la période de recours. Malgré cette ordonnance, le centre de détention ne libère pas le requérant. Il informe que le requérant est désormais détenu pour fraude sur la base de la loi relative à la procédure pénale. Détenu pour entrée irrégulière et séjour illégal dans un premier temps, il l'est ensuite sur la base de la nouvelle charge de fraude. C'est dans ce contexte que le requérant a saisi la High Court pour lui demander d'ordonner le respect par les défendeurs de l'ordonnance du 26 janvier 2024.

2. La décision

La High Court (ci-après « la Cour ») rejette la demande du requérant. Elle fait remarquer que la première ordonnance a porté uniquement sur la violation de la loi sur l'immigration quant à l'entrée illégale et au séjour illégal. Cette charge a été abandonnée. En conséquence, l'ordonnance a été exécutée. Celle-ci n'a pas porté sur l'accusation de fraude. Le premier juge était certes au courant de l'existence de la fraude car l'avocat du requérant l'a évoqué devant lui en soutenant que la fraude n'est pas un obstacle à la libération du requérant. Mais le juge ne dit pas que sa décision concerne également l'interdiction de la poursuite pour fraude. Aucune partie n'a fait allusion à une telle poursuite.

¹ Article 49 (1).

La Cour distingue entre la poursuite pour violation de la loi sur l'immigration et l'inculpation formelle d'une personne pour fraude au sens du droit pénal. Elle soutient que le requérant est détenu parce qu'il est désormais poursuivi pour fraude en vertu de la loi relative à la procédure pénale. La Cour s'inspire d'une jurisprudence antérieure qui a entériné l'application de deux régimes répressifs distincts pour la détention d'un demandeur d'asile². Elle retient que le requérant peut toujours demander l'asile malgré sa détention et justifier d'avoir eu de bonnes raisons d'entrer et de rester en Afrique du Sud illégalement. La Cour estime également que la première ordonnance ne peut être interprétée comme une garantie générale ou globale contre les poursuites ou la détention jusqu'à ce que le statut du requérant, en vertu de la loi sur les réfugiés, soit déterminé.

B. Éclairage

La décision de la High Court pose diverses questions. La première porte sur la détermination du droit applicable. La deuxième porte la jurisprudence à laquelle la Cour fait référence. Celle-ci n'apporte pas de réponse complète en pareille situation. La troisième question concerne la compatibilité au droit international.

1. Sur le droit applicable

La Cour a été saisie afin d'ordonner aux autorités sud-africaines en cause de se conformer aux injonctions du premier juge. Ces injonctions interdisent aussi de poursuivre le requérant. Mais la Cour se prononce sur le seul aspect de la détention. Elle entérine la mise en œuvre de la poursuite pour fraude pour justifier le maintien en détention du requérant. Elle n'analyse pas cette nouvelle poursuite au regard de l'article 21, point 4, de la [loi 130 de 1998 sur les réfugiés](#) de l'Afrique du Sud. Cette disposition interdit la poursuite d'une personne qui a demandé asile pour sa présence illégale en Afrique du Sud. La Cour fait simplement une distinction entre les effets de l'application de la [loi sur l'immigration](#) et ceux de la [loi relative à la procédure pénale](#). Elle n'examine pas le recours au regard de la loi sur les réfugiés qui paraît être la loi spéciale en la matière.

Il est possible qu'en faisant cette distinction, la Cour considère qu'étant déjà sur le territoire, le requérant n'a pas besoin de procéder par fraude pour demander asile. La Cour constate pourtant qu'il essayé plusieurs fois, et sans succès, de demander un permis de séjour temporaire pour demandeur d'asile. Puisque son acte a été posé dans le seul but de demander asile, il aurait été aussi souhaitable que la Cour examine le recours au regard de la loi sur les réfugiés. Elle examinerait s'il y a eu abus³ et si la détention demeure proportionnelle pour un tel demandeur d'asile.

2. Difficultés que pose une référence stricte à l'affaire *Lembore*

La Cour fonde son raisonnement sur une décision précédente (§ 21), dans l'affaire *Lembore*. Nous estimons que la référence à cette décision n'est pas suffisante pour deux raisons. Premièrement, les cas sont différents. Deuxièmement, cette décision ne donne pas de réponses suffisantes pour résoudre le cas sous examen.

En ce qui concerne la première difficulté, l'affaire *Lembore* traite de la détention des personnes qui ont séjourné frauduleusement en Afrique du Sud et qui manifestent l'intention de demander asile seulement après avoir été appréhendées et arrêtées. Ils sont arrêtés en vertu soit de la loi sur l'immigration (articles 9, 34 et 49(1)), soit de la loi relative à la procédure pénale (affaire *Lembore*, §§ 34 et s.). Dans ces conditions, une application des régimes répressifs distincts paraît normale. La loi relative à la procédure pénale a été appliquée pour des cas de fraude dans l'entrée sur le territoire.

² Haute Cour d'Afrique du Sud (Gauteng Division, Johannesburg), 8 février 2024, *Lembore and Others v Minister of Home Affairs and Others*, 2023-097427, 2023-097292, 2023-097111, 2023-097076, 2023-100081, 2023-100526.

³ Voy. par exemple J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 230.

Dans le cas sous examen, le requérant a fourni des efforts pour obtenir un permis temporaire pour demandeur d'asile, mais il n'y est pas parvenu (voy. § 2).

La deuxième difficulté consiste dans le fait que, dans l'affaire sous examen, le juge reproduit la condition de fournir de bonnes raisons pouvant justifier l'entrée illégale d'un étranger telle que retenue dans l'affaire *Lembore*. Cette condition s'inscrit dans le nouveau régime sud-africain⁴ qui organise l'accueil des réfugiés. L'affaire *Lembore* ne donne pas de solutions complètes sur cette question.

Dans l'arrêt *Lembore*, le juge renforce le pouvoir de l'agent de l'immigration au regard de l'obligation faite à un étranger en séjour illégal de justifier ses raisons d'être entré illégalement (§§ 79, 80). Si l'agent n'est pas satisfait, il n'est pas tenu de délivrer un permis de séjour temporaire pour demandeur d'asile (§§ 85-86). Sans ce permis, le candidat à l'asile ne peut pas déposer sa demande d'asile. Dans cette affaire, le juge ne donne pas de solution pour le cas où les raisons données par l'étranger sont rejetées, même après recours (§ 86). Dans cette hypothèse, il y a lieu de penser que la demande d'asile ne sera pas soumise. Une position différente avait été adoptée précédemment par la Cour dans l'affaire *Abraham*. Dans celle-ci, le juge a considéré que l'agent de l'immigration qui n'est pas satisfait n'a pas le pouvoir de refuser l'introduction d'une demande d'asile à un étranger (§§ 31, 32). Reconnaître ce pouvoir à l'agent serait vider de sens l'article 2 de la loi sur les réfugiés (principe de non-refoulement) et l'article 21 de la même loi. Cette procédure doit être considérée comme une étape d'enquête dans l'ensemble du processus pour un demandeur d'asile. Un permis temporaire doit être délivré et il appartiendra à l'office d'accueil des réfugiés d'en tirer la conclusion. La clause de conditionnalité doit être considérée *pro non scripto* (comme non écrite) (§§ 31, 32). Dans ces deux affaires, les juges examinent la législation relative aux réfugiés.

3. De la compatibilité avec le droit international

La décision de la High Court s'écarte des prescrits de l'article 31 de la [convention de Genève du 28 juillet 1951](#) relative au statut des réfugiés. Au regard cet article « une interprétation autonome [...] invite à refuser toute mesure qui, *in concreto*, serait une sanction à l'égard du réfugié entré irrégulièrement »⁵. En droit européen, par exemple, la détention n'est pas systématique. Elle permet d'assurer « le bon fonctionnement du système d'asile européen »⁶, ne peut en aucun cas être punitive et n'est justifiée que si elle vise à assurer le respect des obligations légales⁷. « Pareille détention doit se concilier avec la finalité générale de [l'article 5 CEDH], qui est de protéger le droit à la liberté et d'assurer que nul ne soit dépouillé de sa liberté de manière arbitraire » (*affaire Saadi c. Royaume-Uni*, § 66). Elle est destinée à faciliter, tout en la contrôlant, la soumission d'une demande d'asile (voy. *affaire Saadi c. Royaume-Uni*, §§ 76-77). « La [CEDH] a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs » (*affaire N.D. et N.T. c. Espagne*, §§ 171, 184). Pour James Hathaway, il n'y a pas de base en droit international pour sanctionner les entrées illégales⁸, comme le fait l'Afrique du Sud. Et, relevant un cas similaire où la Cour fédérale canadienne estime que la procédure de demande de protection peut s'arrêter s'il y a eu fraude sur l'identité du requérant, il estime que c'est vider l'article 31 de la Convention de Genève de sa consistance et exposer le requérant au risque de refoulement⁹.

⁴ Dans l'ancien régime, l'agent de l'immigration était tenu de délivrer un permis de séjour temporaire à un étranger qui manifeste l'intention de demander asile. Voy. Haute Cour d'Afrique du Sud (Gauteng Division, Pretoria), 28 février 2023, *Rafea Ahmad Faqirzada et csrts c. le ministre de l'Intérieur*, n° B25/2023.

⁵ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, op. cit., p. 226.

⁶ C.J.U.E., 14 septembre 2017, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-18/16, cité par V. TCHEN, *Droit des étrangers*, Paris, LexisNexis, 2020, p. 1136.

⁷ Cour eur. D.H., 5 juillet 2016, *O.M. c. Hongrie*, § 42, cité par J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, op. cit., p. 227.

⁸ J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2021, p. 511.

⁹ *Ibid.*, p. 52.

Dans l'affaire sous examen, il aurait été plus pertinent que le juge examine la demande du requérant sur la base l'article 31 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Il établirait ainsi si la conduite du requérant n'y est pas compatible. Dans ce cas, le régime pénal peut se justifier si la conduite du requérant, depuis qu'il tente d'obtenir la possibilité de demander asile, n'est pas du tout justifiable par son besoin de protection internationale.

C. Conclusion

Le raisonnement de la Cour dans l'affaire commentée peut ouvrir la voie à la violation du principe de non-refoulement à l'égard d'un demandeur d'asile. La pénalisation du comportement du demandeur d'asile peut être légale en droit interne, mais ne devrait pas vider de sens la protection offerte par le droit international. En droit européen par exemple, dans un contexte d'un contrôle rigoureux des entrées illégales, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « les difficultés que les États peuvent rencontrer dans la gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles » (affaire *N.D. et N.T. c. Espagne*, § 170).

La protection de l'article 31 n'empêche pas les États de procéder à des détentions. Mais le régime de pareille détention pour un demandeur d'asile doit être compatible avec cette disposition. Comme le dit la Cour européenne des droits de l'homme, « les dispositions du droit interne ne sauraient justifier la non-exécution d'un traité, comme l'indique l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités » (affaire *N.D. et N.T. c. Espagne*, § 109). Les personnes ayant besoin de protection internationale peuvent être portées à commettre des actes illégaux dans le but de voir réceptionnées et traitées leurs demandes d'asiles. Dans l'examen de leurs cas, il est souhaitable d'apprécier d'abord si la protection telle que voulue par le droit international n'est pas compatible avec sa conduite. Il peut alors suivre l'examen de la pertinence d'appliquer un autre régime.

D. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Haute Cour d'Afrique du Sud (Gauteng Division, Pretoria), 12 février 2024, *Ashago v. Minister of Home Affairs and Others*, n° 2024-002723 [2024] ZAGPPHC 107.

Jurisprudence :

- C.J.U.E., 14 septembre 2017, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-18/16 ;
- Cour eur. D.H., 5 juillet 2016, *O.M. c. Hongrie*, req. n° 9912/15.
- Cour eur. D.H., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03.
- Cour eur. D.H., 13 février 2020, *N.D. et N.T. c. Espagne*, req. n° 8675/15 et 8697/15.
- Haute Cour d'Afrique du Sud (South Gauteng Division, Johannesburg), 14 March 2023, *Abraham and Others v Minister of Home Affairs and Another* [2023] ZAGPJHC 253.
- Haute Cour d'Afrique du Sud (South Gauteng Division, Johannesburg), 8 February 2024, *Lembore and Others v. Minister of Home Affairs and Others* [2024] ZAGPJHC 123.

Doctrine :

- CARLIER, J.-Y. et SAROLEA, S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016 ;
- HATHAWAY, J. C., *The rights of refugees under international law*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2021 ;
- TCHEN, V., *Droit des étrangers*, Paris, LexisNexis, 2020.

Pour citer cette note : B. NALUKOMA, « Le jeu des incriminations connexes liées à la répression de l'entrée irrégulière sur le territoire est-il conciliable avec le principe de non-refoulement ? », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2024.

3. COUR D'APPEL DU QUÉBEC, 7 FÉVRIER 2024, PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. KANYINDA, 2024 QCCA 144

Différence de traitement entre le demandeur d'asile et le réfugié : occasion manquée par la Cour d'appel de se prononcer sur la discrimination fondée sur le statut migratoire en faveur de celle fondée sur le genre

Benjamin KAGINA SENGA

A. Arrêt

1. Faits

La requérante est originaire de la République démocratique du Congo. Elle est arrivée au Canada en octobre 2018, accompagnée de ses trois enfants âgés respectivement de 5 ans, 4 ans et 2 ans. Dès son arrivée au Canada, elle a introduit une demande de protection internationale dont le délai de traitement a été anormalement long. Durant la période d'attente entre le dépôt de sa demande et la décision des autorités fédérales la reconnaissant réfugiée, la requérante obtient un permis de travail lui permettant d'occuper un emploi au Québec. Elle fait des démarches auprès de trois garderies afin de trouver une place subventionnée pour ses enfants. Elle s'y voit refuser l'accès au motif que l'accès à ces services est réservé aux réfugiés reconnus et non aux demandeurs d'asile.

La requérante dépose un recours en contrôle judiciaire dans lequel elle « invoque trois motifs de discrimination, soit le sexe, par effet préjudiciable, soit la citoyenneté soit encore le statut d'immigration, comme motif analogue » (§ 76 de l'arrêt commenté).

Sans qu'il soit nécessaire de revenir en détail ici sur le parcours judiciaire du dossier, retenons un argument développé en appel et qui retient notre attention : le juge de première instance a-t-il erré en concluant que l'article 3 du [Règlement sur la contribution réduite](#) (ci-après « RCR ») ne portait pas atteinte au droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la [Charte canadienne](#) ?

2. Décision de la Cour

La Cour d'appel (ci-après « la Cour ») rappelle que la requête « invoque trois motifs de discrimination, soit le sexe, par effet préjudiciable, soit la citoyenneté soit encore le statut d'immigration, comme motif analogue » (§ 76). Elle examine donc chacun de ces motifs pour conclure l'existence ou non de discrimination.

Sur le premier motif de discrimination basée sur le sexe ou le « genre », la requérante a soutenu que bien que « l'article 3 RCR ne vise pas directement les femmes, il a une incidence disproportionnée sur celles-ci. Il s'en suit qu'il est discriminatoire par effet préjudiciable puisque les femmes assument de façon disproportionnée, seules ou en couple, les obligations relatives à la garde et au soin des enfants » (§ 77). En réponse à cet argument, le Procureur général du Québec a soutenu que « la distinction générée par cette disposition n'est pas fondée sur le sexe, mais plutôt sur le statut d'immigration qui n'est pas un motif analogue au sens de l'article 15 de la Charte canadienne » (§ 77). Le Procureur ajoute que « si la Cour concluait que l'article 3 RCR porte atteinte à un droit protégé par l'article 15, cette atteinte est justifiée dans une société libre et démocratique » (§ 78).

La Cour conteste l'analyse du premier juge et estime que « l'article 3 RCR renforce et perpétue le désavantage historique vécu par les femmes qui souhaitent participer au marché du travail. La distinction qu'il crée en excluant les personnes demandant l'asile constitue une discrimination par effet préjudiciable fondée sur le sexe au sens de l'article 15 de la Charte canadienne » (§ 103). Sur la question de savoir si cette discrimination serait justifiée dans une société libre et démocratique conformément à l'article 1 de la Charte canadienne, la Cour conclut que « la proportionnalité entre

les effets et l'objet de cette distinction n'est pas démontrée par le Procureur » (§ 115). Ainsi, les avantages de cette distinction ne sont pas proportionnels aux effets préjudiciables qu'elle cause aux femmes qui demandent l'asile.

Sur les deuxième et troisième motifs, ciblant les discriminations basées sur la citoyenneté et sur le statut d'immigration, la Cour estime ne pas devoir se prononcer vu sa conclusion sur le premier motif (§ 121). Le premier juge avait quant à lui refusé de reconnaître « le statut migratoire comme un motif analogue au sens de l'article 15 de la Charte canadienne parce qu'[il] ne revêt pas le caractère d'immuabilité requis » (§ 51). Sur la citoyenneté comme motif de discrimination, le juge de première instance a estimé que « la contribution réduite en vertu de l'article 3 RCR bénéficie [outre] aux citoyens canadiens, [... aussi] à sept autres catégories de personnes qui ne sont pas citoyens du Canada » (§ 51).

B. Éclairage

1. Occasion réussie de confirmer la jurisprudence sur les discriminations systémiques sur la base du sexe

En jugeant que l'article 3 RCR constituait une discrimination fondée sur le sexe¹, la Cour établit le lien entre l'accessibilité à la garderie pour les enfants, notamment pour les enfants des femmes demandeuses d'asile, et l'accès au marché du travail. Elle reconnaît que les difficultés d'accès à la garderie pour les enfants ont un impact sur l'accès des femmes en général et des femmes demandeuses d'asile en particulier au marché du travail (§ 103).

La Cour s'est référée aux critères établis par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada quant à la violation de l'article 15 de la Charte canadienne. L'*arrêt Sharma* a défini le cadre d'analyse en distinguant deux volets. Il faut que « la loi ou la mesure de l'État contestée : crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue (1) ; impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage (2) » (§ 28)². L'*arrêt Fraser* rappelle l'« engagement profond à promouvoir l'égalité et à prévenir la discrimination contre les groupes défavorisés [...]. Ainsi, pour prouver une violation *prima facie* du paragraphe 15(1), le demandeur doit démontrer que la loi contestée ou l'acte de l'État [obéit à ces deux volets] » (§ 27).

Sur le premier volet, la demanderesse « a démontré que l'exclusion résultant de l'article 3 RCR crée ou contribue à un effet disproportionné sur le groupe de femmes demandant l'asile » (§ 89). « Le demandeur n'a pas à démontrer que la loi ou la mesure de l'État contestée était la *seule* ou la *principale* cause de l'effet disproportionné ; il lui suffit de démontrer que la loi était une *cause* ». En outre, comme l'a noté la Cour suprême dans l'*arrêt Sharma*, il convient d'examiner attentivement les preuves scientifiques et, si elles sont nouvelles, de ne les admettre que si elles ont un « fondement fiable » (§ 49). En l'espèce, la requérante s'est appuyée sur les études de la Dre Hanley qui énoncent « que des garderies à coûts abordables permettent d'augmenter l'accès des femmes au marché du travail » (§ 90). La Cour estime cette analyse fiable, et ce d'autant que les désavantages subis par les femmes qui souhaitent accéder au marché du travail ont été reconnus par la Cour suprême (§ 98). Le premier critère est satisfait.

En ce qui concerne le second volet d'analyse qui cherche à démontrer que l'article 3 du RCR « impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage », la Cour note que « bien que les femmes qui demandent l'asile ne soient

¹ Il faut signaler qu'en droit européen, l'expression consacrée est plutôt la discrimination fondée sur le genre et non sur le sexe comme c'est le cas en droit canadien (article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés).

² L'analyse à deux volets a également été rappelée dans d'autres arrêts de la Cour suprême, notamment dans l'*arrêt R*, mais aussi dans l'*arrêt Première Nation de Kahkewistahaw*.

pas nommément exclues par l'article 3 RCR, ce dernier renforce, perpétue et accentue le désavantage subi par ces dernières, en tant que femmes, sur le marché du travail » (§ 102). La Cour conclut donc que « [l]a distinction que [l'article 3 RCR] crée en excluant les personnes demandant l'asile constitue donc une discrimination par effet préjudiciable fondée sur le sexe au sens de l'article 15 de la Charte canadienne » (§ 103) et que, partant, le second critère est rempli.

2. Occasion manquée par la Cour d'appel de se prononcer sur la question de discrimination fondée sur le statut migratoire

La demanderesse soutenait également que l'article 3 RCR constitue une discrimination fondée sur le statut migratoire en ce sens qu'il introduit une distinction entre le demandeur d'asile et le réfugié dans la jouissance des services de garde subventionnée des enfants. La cour d'appel a esquivé cette question.

Pourtant, sur cette même question, le juge de première instance avait conclu que le statut migratoire ne revêt pas le caractère d'immutabilité requis pour être considéré comme un motif analogue. Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est appuyé sur l'[arrêt Miron](#), dans lequel, la Cour suprême du Canada a nuancé « la nécessité du caractère immuable d'un motif analogue ». À titre illustratif, le juge de première instance a cité la religion pour illustrer ce qu'il faut comprendre par la mutabilité, en concluant qu'à l'instar de la religion, le statut migratoire n'a pas non plus un caractère immuable, et de ce fait, il ne saurait rentrer dans la catégorie de motif analogue constitutif de la discrimination.

En cela, l'approche défendue par le premier juge se différencie de celle de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour européenne ») dans des affaires similaires. Sans pouvoir présenter ici cette jurisprudence de manière exhaustive, relevons que, dans l'[arrêt BAH](#), la Cour européenne a noté que « la situation au regard du droit des étrangers est non pas une caractéristique inhérente à l'individu mais un statut conféré par la loi [ce qui] ne l'empêche pas de l'assimiler à "toute autre situation" au sens de l'article 14 »³ (§ 46 ; *idem* dans [Hode and Abdi](#), § 47). Dans l'[arrêt M.T. et autres](#), la Cour européenne a conclu également que « le statut d'immigration équivaut à un [autre statut] au sens de l'article 14 de la Convention » (§ 96).

Dans la jurisprudence de la Cour européenne, la discrimination basée sur le statut migratoire se fonde sur la catégorie « toute autre situation » de l'article 14 de la Convention. La Cour d'appel du Canada aurait pu faire évoluer la jurisprudence dans le même sens au titre de « tout autre motif analogue ».

3. Conclusion

La décision sous commentaire de la Cour laisse un sentiment d'inachevé étant donné que la question centrale dans cette affaire était la distinction entre les demandeurs d'asile et les réfugiés dans l'accès aux services de garde subventionnée. La Cour a manqué une occasion précieuse de consolider la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur la question en réaffirmant qu'il y avait aussi, dans l'affaire commentée, une discrimination fondée sur le statut migratoire.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour d'appel du Québec, 7 février 2024, [Procureur général du Québec c. Kanyinda](#), 2024 QCCA 144.

³ L'article 14 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) stipule que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation » (nous soulignons).

Jurisprudence :

- Cour suprême du Canada, *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30 (CanLII), [2015] 2 RCS 548 ;
- Cour suprême du Canada, *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19 (CanLII), [2021] 1 RCS 679 ;
- Cour suprême du Canada, *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 (CanLII), [2020] 3 RCS 113 ;
- Cour suprême du Canada, *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39 (CanLII) ;
- Cour supérieure du Québec, *Kanyinda c. Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 1887 ;
- Cour suprême du Canada, *Miron v. Trudel*, 1995 CanLII 97 (SCC), [1995] 2 SCR 418 ;
- Court of Appeal for British Columbia, *Li v. British Columbia*, 2021 BCCA 256 (CanLII) ;
- Cour eur. D.H., 22 octobre 2022, *M.T. and Others v. Sweden*, req. n° 22105/18 ;
- Cour eur. D.H., 27 septembre 2011, *BAH c. Royaume-Uni*, req. n° 56328/07 ;
- Cour eur. D.H., 6 novembre 2012, *Hode and Abdi v. the United Kingdom*, req. n° 22341/09.

Autres documents :

- [Charte canadienne des droits et libertés](#), 1983 CanLII Docs 31 ;
- [Code de procédure civile québécois](#), LegisQuebec ;
- [Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales](#), signée à Rome le 4 novembre 1950 ;
- [Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance](#), LegisQuebec ;
- [Règlement sur la contribution réduite](#), LegisQuebec.

Pour citer cette note : B. KAGINA SENGA, « Différence de traitement entre le demandeur d'asile et le réfugié. Occasion manquée par la Cour d'appel de se prononcer sur la discrimination fondée sur le statut migratoire en faveur de celle fondée sur le genre », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2024.

4. RÉCIT DE VIE – DES GENS FORMIDABLES

Je suis née à Conakry, la capitale et la plus grande ville de Guinée, bordée par l'océan Atlantique. Mes parents ne viennent pas du même village mais ils viennent tous les deux de la même région. Ils se sont rencontrés à Kankan, la deuxième ville du pays et ont décidé de déménager à Conakry car c'était utile pour la carrière de mon père. Je n'ai jamais connu leur village.

Jusqu'en première année universitaire, appelée chez nous Licence 1, je n'avais connu aucune migration interne. J'ai réalisé mon premier voyage grâce à l'Association des élèves et des étudiants musulmans de Guinée (AEEMG). Avec d'autres étudiants, nous sommes allés hors de la ville pour participer à une assemblée générale. Le séjour avait duré trois jours. L'expérience fut enthousiasmante, elle m'a permis de quitter ma ville, de découvrir d'autres endroits dans mon pays et de faire la connaissance d'autres étudiants.

À la télévision, quand j'étais à l'école primaire, une journaliste avait la même corpulence que la mienne et des joues rondes, semblables aux miennes. Il était aisé de m'identifier à elle. Enfant, quand je pensais à l'avenir, je souhaitais devenir journaliste, comme elle.

Après l'école primaire, j'ai rejoint le collège. En dernière année de collège, notre professeur principal a élargi les champs du possible en expliquant qu'il existait trois options et trois catégories de débouchés : les sciences sociales, les sciences mathématiques et les sciences expérimentales. Il a précisé qu'avec les sciences sociales, il était possible de devenir journaliste, fonctionnaire international ou diplomate. Le mot international m'a marqué, je l'ai retenu et j'ai tenu à rejoindre cette option.

Dans ma famille, je suis la seule à avoir fait ce choix. Mes sœurs et frères ont opté pour les sciences mathématiques et les sciences expérimentales. Ma famille a toujours eu confiance en moi, mais ils se demandaient pourquoi je choisissais une option souvent décrite comme le choix de la facilité. Je leur ai répondu que je voulais devenir fonctionnaire international, j'avais un objectif et je l'atteindrais grâce à cette option.

Quand il a fallu arrêter mon choix pour l'université, j'ai parlé avec un ami de ma sœur qui avait étudié les relations internationales à l'université. Au vu de mes aspirations, il m'a conseillé d'opter pour le droit international. Ses explications m'ont convaincue. Ma grande sœur est sortie major de sa promotion à l'université en sciences mathématiques à Kankan, elle est mon modèle.

J'ai décidé que comme elle, je serais major de ma promotion à l'université Général Lansana Conté de Sonfonia (UGLC-SC) où j'ai étudié. Je me suis imposé ce nouveau défi car je savais cette étape indispensable pour être en mesure d'accéder à des formations internationales et atteindre mon objectif.

À la fin des études, j'ai participé au concours national de plaidoirie en droit international humanitaire organisé par le comité international de la Croix-Rouge. Mon équipe a été lauréate. L'université avait connu auparavant deux ou trois échecs dans le cadre de ce concours, notre équipe a remporté la victoire à l'université.

Avoir été major de promotion et avoir apporté cette victoire à l'université m'a permis de devenir enseignante-chercheuse, étape préliminaire à une carrière académique. Après le concours, le recteur m'a demandé de rester à l'université pour embrasser cette carrière. Il m'a également annoncé qu'au vu des résultats et de mon parcours, l'université s'engageait à me soutenir en finançant un master et un doctorat. Le recteur a également indiqué que je serais en mesure de devenir fonctionnaire d'État pour l'université au terme de ce parcours.

J'ai alors entamé, sans payer aucun frais, un master en droits humains à l'UGLC-SC avec le soutien du directeur de ce master ; je l'ai terminé avec la mention *très bien*. Avant la fin du master, le recteur a permis que je sois engagée à l'université. C'est un homme de parole.

Après ce premier master, j'ai postulé pour obtenir une bourse [Ares](#) afin de réaliser un master de spécialisation en droits humains à l'université de Saint-Louis à Bruxelles. Je l'ai obtenue et je viens de passer les premiers examens. En même temps, j'ai déposé un projet de thèse et j'ai demandé un financement à l'État guinéen que j'ai obtenu.

Le peu de considération de la communauté internationale pour les naufrages des migrants et leur détresse m'ont incitée à travailler la question du cadre légal de la migration et à tenter de contribuer à la prise en considération des droits des migrants. La question de leurs droits et de leur respect est au centre de ma thèse dont le sujet est les contraintes et enjeux d'une politique migratoire commune de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest ([Cedeao](#)).

La Cedeao est une des communautés économiques régionales en Afrique. Cette organisation intergouvernementale ouest-africaine a été créée le 28 mai 1975, elle est destinée à coordonner les actions des pays d'Afrique de l'Ouest. Mes recherches visent à analyser le régime appliqué à la mobilité des ressortissants des États tiers par les États membres de la Cedeao. Dotée d'une politique de libre circulation interne, cette organisation sous-régionale est un laboratoire intéressant pour appréhender la question de mise en place d'une nouvelle politique migratoire commune vis-à-vis des ressortissants des États tiers. Mes recherches me permettent d'identifier les contours, les enjeux et les contraintes juridiques d'une telle politique.

Ma première expérience à l'étranger, tout comme ma première migration interne, a eu lieu dans le cadre de mes études : j'ai séjourné en février-mars 2019 à Addis Abeba en Éthiopie pour le [cours régional de droit international des Nations unies](#). Ce premier voyage fut très intéressant, c'est la première fois que je prenais l'avion. Pour moi, mais aussi pour toute ma famille, obtenir une bourse pour une formation en droit international fut une source de bonheur. Je voyais cette obtention comme un pas de plus vers mon objectif de devenir fonctionnaire international.

Ce voyage m'a permis de séjourner pour la première fois dans un environnement multiculturel. J'étais la seule Guinéenne. Il y avait d'autres Africains, ils venaient du Sénégal, du Maroc, d'Algérie, du Cameroun, du Gabon, du Niger, du Mali, du Congo. Ce voyage nous a permis de créer des liens très forts qui persistent encore. Si je dois aller dans un de ces pays, je sais qu'une famille m'y accueillera.

J'ai ensuite été à Nuremberg en Allemagne, en août 2019 pour la première édition en français d'un cours intitulé *Académie d'été de Nuremberg pour jeunes professionnels*. Ce cours était organisé par l'[Académie internationale des principes de Nuremberg](#). Deux formations s'organisaient de manière concomitante, l'une en français, l'autre en anglais, de nouveaux liens se sont créés. J'ai également été au Mali, en décembre 2019, pour suivre une formation sur la *Gestion des risques de catastrophes GRC et opérations de soutien à la paix* organisé par l'École de maintien de la paix Alioune Blondin Mbeye ([EMPABB](#)). Grâce à ces cours, avec les autres participants, nous avons constitué un réseau d'entraide.

Ces voyages m'ont donné l'envie d'aller encore plus loin, de suivre encore d'autres formations à l'étranger, ils ont consolidé mon souhait de comprendre comment les autres personnes vivent et m'ont permis de définir la problématique de ma thèse.

En janvier 2020, en revenant de Bamako, je me suis mariée. Le mariage était prévu de longue date. C'est un mariage de cœur. J'ai rencontré Mamoudou Kouyaté qui allait devenir mon mari au sein de l'AEEMG. Lorsqu'il était président du Commissariat central aux comptes (CCC), j'étais responsable de la formation de la cellule féminine nationale auprès du Comité exécutif national (CEN).

Notre première rencontre s'est réalisée dans le cadre de l'organisation d'un concours, nous sommes ensuite restés en contact et nos liens n'ont cessé de se renforcer. En 2019, quand je devais réaliser les démarches pour obtenir mon visa pour mon voyage vers Nuremberg, il m'a soutenue, m'a conduite à l'ambassade. Il est également enseignant-chercheur. Nous avons des objectifs semblables dans la vie et nous nous soutenons pour les réaliser.

Avant d'avoir un mari, avant l'arrivée de ma fille, Saran Kouyaté qui est née en décembre 2020, je ne voyais que les avantages aux voyages. Aujourd'hui, c'est différent, je connais le profond déchirement d'être éloigné des miens. Quand je suis partie en Belgique, ma fille avait deux ans et demi. Nous nous voyions bien entendu par écrans interposés, mais elle ne peut comprendre pourquoi je ne suis pas en mesure d'être véritablement à ses côtés. C'est encore plus pénible quand elle est malade. Le cœur d'une mère se brise quand il doit expliquer cette impossibilité à son enfant.

Quand j'ai de mauvaises nouvelles du pays et que les miens ne répondent pas au téléphone, j'imagine immédiatement le pire. Je suis tombée malade ; différents examens ont été réalisés afin de comprendre la cause. Je pense que l'inquiétude et l'isolement me rongeaient, comme un mal.

Heureusement, mon mari est arrivé à Liège, il a un contrat temporaire pour un court séjour de recherche afin de participer à un séminaire sur les transformations des anciens sites industriels en zone touristique. En Guinée, la question se pose pour les anciennes exploitations minières de bauxite. Ensuite, il devra rentrer au pays où il a des responsabilités importantes comme il est secrétaire général de l'École supérieure du tourisme et de l'hôtellerie (ESTH). Si sa présence est un soulagement pour moi, c'est une tristesse de plus pour ma fille qui ne comprend pas pourquoi nous sommes réunis sans elle.

Le financement de ma thèse est pour quatre ans, les prochaines années ne seront pas aisées. Il est impossible, dans l'état actuel des législations, d'envisager un regroupement familial. Les autorités administratives ne peuvent concevoir que nous ne souhaitons pas nous installer ici, elles supposent immédiatement un contournement de la loi pour s'établir en Belgique. Heureusement, la foi m'aide, elle me permet de tenir comme l'amour des miens. Ils sont indispensables pour être en mesure de faire face à ces adversités. Voyageant puisque je le souhaite, car cela me permet d'atteindre mes objectifs, je n'avais pas pris la mesure des renoncements qui seraient induits. Je pense souvent à celles et ceux qui n'ont pas le choix, à qui le voyage s'impose sans concession possible.

À partir du moment où j'ai été certaine de vouloir approfondir la question des migrations dans le cadre d'une recherche doctorale, j'ai écrit à la professeure Sylvie Sarolea en lui faisant part de mon projet de thèse. Elle a immédiatement répondu et m'a proposé de venir réaliser un séjour de trois mois en Belgique. Ensemble, nous avons redéfini mon sujet et opté pour la thématique spécifique de la Cedeao qui n'avait encore jamais été abordée au sein de l'EDEM.

Je suis passionnée et émue par l'équipe. Sylvie Sarolea, ma promotrice, me soutient en toutes circonstances. Quand j'ai été malade, elle s'est chargée de m'emmener à l'hôpital, je sens beaucoup d'amour de sa part, mais aussi des membres de toute l'équipe.

Je suis arrivée en Belgique, en été, je me souviens avoir téléphoné à ma famille en leur disant que dans le pays où j'allais vivre, il n'y avait pas de nuit. À 22 heures, le jour était encore présent, le soleil se levait à trois heures du matin. Je leur ai dit ne pas comprendre le ciel et le climat de ce côté du monde. Après l'été, j'ai dû m'habituer au froid et aux ciels sans lumière. Heureusement, j'ai croisé beaucoup d'ouverture, de bonté de cœur, quelle que soit la saison.

Je n'oublierai jamais mon premier jour à Bruxelles. J'étais dans le bus, venant de l'aéroport avec ma grosse valise. Je n'avais pas d'accès à internet, je cherchais mon chemin pour rejoindre la résidence universitaire de l'université libre de Bruxelles. Une dame âgée m'a aidée et a pris ma valise. Elle m'a accompagnée jusqu'à ma résidence. Je n'ai cessé ensuite de rencontrer de très bonnes personnes.

Ma colocataire à Louvain-la-Neuve avait tout organisé pour m'accueillir avec un repas. Dieu a tout mis en place afin de me permettre de faire la connaissance de personnes généreuses.

À l'EDEM, nous prenons le temps de manger ensemble, chacune et chacun raconte son pays, l'itinéraire qui lui a permis de rejoindre l'équipe, ses recherches en cours et à venir. Je suis la première à venir d'Afrique de l'Ouest et la première musulmane de l'équipe qui ne cesse de se diversifier.

La seule personne bizarre que j'ai croisée fut l'ancien concierge de la résidence universitaire de Saint-Louis à Bruxelles dans laquelle j'ai logé pendant mon master de spécialisation en droits humains. Son cœur est dur comme un caillou, il était sans soutien, ses yeux montraient du racisme. Il a été licencié, il est toujours le seul qui n'a pas été bienveillant avec moi.

J'aimerais que toute migrante et tout migrant soit en mesure d'avoir la même expérience que la mienne. Je pense souvent à celles et ceux qui quittent leur pays parce qu'ils n'ont pas d'autres choix, je voudrais qu'ils soient en mesure de croiser des personnes formidables comme celles que j'ai rencontrées.

Pour citer ce récit : « Des gens formidables », 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, mars 2024.