

Doctrines

Des frontières aux droits ou des droits aux frontières ? - La décision de la Cour européenne des droits de l'homme *M.N. c. Belgique* du 5 mai 2020 sur les visas humanitaires, par S. Sarolea et J.-Y. Carlier 821

Le point sur...

Le point sur... l'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne pour les juridictions nationales, par N. Cariat 826

Jurisprudence

■ Cour européenne des droits de l'homme - Professeur de religion islamique - Communauté française de Belgique - Réaction aux attentats de Charlie Hebdo - Liberté d'expression - Devoir de réserve - Sanction disciplinaire de déplacement C.E.D.H., 7 juillet 2020, observations de S. Wattier et F. Xavier 829

■ Article 619 du Code judiciaire - Détermination de la valeur du litige - Montant provisionnel et réserve à statuer sur le surplus Cass., 3 septembre 2020 834

Chronique

Deux recommandations de la Cour constitutionnelle - Coups de règle.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

<https://jt.larcier.be>
28 novembre 2020 - 139^e année
39 - N° 6835
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Des frontières aux droits ou des droits aux frontières ?

La décision de la Cour européenne des droits de l'homme *M.N. c. Belgique* du 5 mai 2020 sur les visas humanitaires

Par une décision du 5 mai 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé irrecevable la requête d'une famille syrienne qui avait introduit une demande « de visas humanitaire » au consulat de Belgique à Beyrouth. Une telle requête ne relève pas du champ d'application territorial de la Convention. En outre, les requérants ne peuvent alléguer une violation du droit à un procès équitable qui ne vise pas le contentieux migratoire. Cette jurisprudence pose la question de l'existence de voies légales et sûres permettant aux demandeurs d'asile d'accéder à une protection internationale. Plus fondamentalement, elle interroge la garantie des droits humains aux frontières.

Les droits humains fondent-ils un droit à obtenir un visa humanitaire pour atteindre un pays de manière sûre et légale afin d'y demander l'asile ? Telle est la question qui se posait à la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour européenne ou Cour de Strasbourg) dans l'affaire *M.N. et autres c. Belgique*. Le 5 mai 2020, un an après l'audience, la grande chambre conclut à l'irrecevabilité de la requête. La Cour considère que l'octroi d'un visa humanitaire ne relève pas du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après C.E.D.H. ou Convention). Cette décision est l'épilogue d'une longue saga judiciaire, qui a mené ces questions de principe des juridictions internes², en passant par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après Cour de justice)³, à Strasbourg, également devant la grande chambre⁴.

(1) Ce texte est le fruit d'une réflexion au sein de l'EDEM (Équipe droits européens et migrations, UCLouvain, CeDIE). Voy. sur l'arrêt *M.N.*, dans les *Cahiers de l'EDEM*, J.-Y. CARLIER, L. COOLS, E. FRASCA, F.L. GATTA, S. SAROLEA, « Humanitarian visa : does the suspended step of the stork become a hunting permit ? », juin 2020 et, précédemment, F.L. GATTA, « Legal avenues to access international protection in the European Union : past actions and future perspectives », *J.E.D.H.*, 2018, pp. 163-201 ; J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire *X. et X.* », *eumigrationlawblog*, 27 février 2017 ; S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : *X. et X.*, ou quand le silence est signe de faiblesse », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2017 ; J.-Y. CARLIER (dir.), Dossier « La politique migratoire européenne à la lumière des jurisprudences relatives au visa humanitaire et à la déclaration UE - Turquie », *R.T.D.E.*, 2019, pp. 25-66. Sur l'ensemble de ces questions, M.-C. FOBLETS et L. LEBOEUF (dir.), *Humanitarian Admission to Europe. The Law Between Promises and Constraints*, Baden-Baden/Oxford, Nomos/Hart, 2020.

(2) Le Conseil du contentieux des étrangers (C.C.E., 7 octobre 2016, n° 175 973 ; 14 octobre 2016, n° 176 363), les juridictions civiles en référé et le Conseil d'État de Belgique (voy. notamment CE, 8 février 2018, n° 240.692). Voy. L. LEBOEUF, « Visa humanitaire et recours en suspension d'extrême urgence. Le Conseil du contentieux des étrangers interroge la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2016.

(3) C.J.U.E., gr. ch., 7 mars 2017, *X et X c. État belge*, aff. C-638/16 PPU, UE:C:2017:173 ; et les conclusions en sens contraire de l'avocat général Mengozzi présentées le 7 février 2017, UE:C:2017:93. Sur cet arrêt, voy., outre les références supra, V. MORENO-LAX, « Asylum Visas as an Obligation under EU Law : Case PPU C-638/16 X, X v État belge », *eumigrationlawblog*, 16 et 21 février 2017, part I, part II ; E. BROUWER, « The European Court of Justice on Humanitarian Visas : legal integrity vs political opportunism ? », *CEPS Commentary*, 16 mars 2017 ; A. GUILLERME, « L'affaire des visas humanitaires pour une famille syrienne : pas d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne », *J.T.*, 2017, pp. 403-407.

(4) C.E.D.H., gr. ch., décembre *M.N. c. Belgique*, 5 mai 2020, req. n° 3599/18. Ce n'est pas la même affaire qui a été jugée à Luxembourg et à Strasbourg, mais les dossiers posaient exactement les mêmes questions. Le



LA RÉMUNÉRATION EN DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Des indemnités diverses à l'allocation de mobilité

La notion de rémunération est complexe, multiforme. Par un exposé clair et concis, cet ouvrage permet aux praticiens du droit de la sécurité sociale de cerner rapidement les pourtours précis de cette notion pour une politique salariale efficiente.

> Droit social

206 p. • 60,00 € • Édition 2020

www.larcier.com

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

Aucune des deux juridictions européennes n'a tranché la question de fond relative à l'obligation — ou non — de délivrer un visa humanitaire en cas de risque réel d'atteinte grave aux droits fondamentaux. La Cour de Luxembourg juge qu'une demande de visa aux fins de solliciter l'asile n'est pas soumise au droit de l'Union. La Cour de Strasbourg écarte cette question du champ territorial ainsi que du domaine matériel de la C.E.D.H. À Strasbourg, cette double exclusion repose sur le fait que les requérants, d'une part, ne se trouvaient pas sous la juridiction de la C.E.D.H., ayant sollicité la Belgique en déposant une demande de visa auprès de l'ambassade de Belgique à Beyrouth et, d'autre part, ne pouvaient invoquer le droit à une procédure équitable, garanti par l'article 6 de la C.E.D.H., le contentieux migratoire en étant écarté. La présente contribution se centre sur le premier motif d'irrecevabilité de la décision *M.N.*, relatif à l'application extraterritoriale de la Convention⁵.

1 Demander un « visa humanitaire » pour accéder au territoire et solliciter l'asile

Le 22 août 2016, les requérants, un couple syrien d'Alep, se rendent au Liban et se présentent à l'ambassade de Belgique à Beyrouth pour y déposer une demande de visa à validité territoriale limitée, communément appelé « visa humanitaire ». Ce visa est régi par l'article 25, paragraphe 1, point a), du code des visas de l'Union européenne. Un État membre délivre, à titre exceptionnel, un tel visa lorsqu'il l'estime « nécessaire pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales »⁶. Invoquant une situation d'urgence absolue, les demandeurs allèguent que le conflit armé en Syrie et le bombardement intensif d'Alep constituent de telles raisons humanitaires. De fait, solliciter un visa est le seul moyen pour un demandeur d'asile d'arriver légalement dans le pays où il entend obtenir une protection, la procédure de détermination du statut de protection internationale ne pouvant être engagée qu'une fois ce territoire atteint. En toute honnêteté, les requérants avaient informé les autorités belges de leur intention de demander l'asile à leur arrivée sur le territoire, précisant qu'ils étaient en contact avec une famille belge disposée à les accueillir⁷.

Le 13 septembre 2016, l'Office des étrangers refuse d'octroyer ces visas, soulignant que l'intention réelle des requérants est de demander l'asile dès l'arrivée sur le territoire belge. Cela les exclurait du champ d'application des dispositions relatives au visa de court séjour. Ce visa est destiné aux personnes désireuses de séjourner pour une courte période (maximum 3 mois) et non à celles qui veulent s'installer définitivement dans l'État de destination.

Saisi d'un recours en suspension d'extrême urgence, le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après C.C.E.) se réfère à la situation poli-

tique et sécuritaire à Alep et en déduit un risque de violation de l'article 3 de la C.E.D.H. Il suspend l'exécution de la décision négative et enjoint à l'État belge de prendre une nouvelle décision dans les 48 heures. Trois jours plus tard, l'administration adopte une nouvelle décision négative, à nouveau suspendue le 20 octobre 2016, compte tenu du danger imminent encouru par les demandeurs. Le C.C.E. intime à l'État de délivrer, dans les 48 heures, un laissez-passer ou un visa valable trois mois. Les autorités belges refusent de s'exécuter. Les juridictions civiles, saisies en référé, ordonnent, sans succès, à l'État de se conformer au second arrêt du 25 octobre 2016, avant d'être réformées en appel le 30 juin 2017.

Les voies de recours internes ayant été épuisées, les requérants saisissent la Cour européenne le 10 janvier 2018. Ils allèguent que le refus d'exécuter la décision de délivrer les visas, et donc de leur fournir une voie légale pour sortir de la ville d'Alep, lourdement assiégée, constitue une violation des articles 3, 6 et 13 de la C.E.D.H.

2 Demande de visa et domaine de « juridiction » de la Convention

Comme à Luxembourg, où la Cour a jugé que la question de l'octroi d'un visa de court séjour aux fins de demander l'asile ne relève pas du droit de l'Union, la Cour de Strasbourg limite son analyse au champ d'application du texte, ici de la C.E.D.H. Une demande de visa adressée à l'ambassade de Belgique au Liban ne relève pas de la Convention. Aux termes de l'article 1^{er} de la C.E.D.H., « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés » de la C.E.D.H. L'amplitude du champ d'application personnel de ce texte est généralement soulignée. Est visée « toute personne relevant de la juridiction » et non simplement les nationaux ou les personnes qui résident sur le territoire, voire se trouvent sur le territoire. Selon la jurisprudence de la Cour, ce champ personnel, lorsqu'il est transposé en champ territorial, consacre une compétence « principalement territoriale ». En principe, un État partie n'exerce sa juridiction que sur les personnes se trouvant physiquement sur son territoire. Toutefois, la Cour admet que, dans des circonstances exceptionnelles, des actes accomplis ou produisant des effets en dehors du territoire d'un État peuvent également relever de sa compétence⁸. Elle rappelle que de telles circonstances ont pu être retenues en cas de contrôle effectif par un État sur une zone située en dehors de son propre territoire ou lorsque des agents de l'État exercent un contrôle (physique) sur une personne située en dehors de leur territoire⁹. À ce titre, « les actes des agents diplomatiques et consulaires, qui sont présents sur un territoire étranger [...], peuvent équivaloir à un exercice de compétence lorsque ces agents exercent une autorité et un contrôle sur d'autres personnes »¹⁰. De même, un « lien

parcours procédural de ces deux litiges européens témoigne de leur importance. Ce sont à chaque fois les grandes chambres qui ont statué, conférant aux décisions prononcées une force accrue. La liste des États qui sont intervenus dans les deux affaires révèle leur préoccupation : 14 à Luxembourg, 11 à Strasbourg, outre les nombreux *amicus curiae*. Enfin, les deux juridictions ont traité ces affaires dans des délais restreints : la procédure urgente a été suivie à Luxembourg, tandis que la Cour européenne a statué moins de deux ans après sa saisine.

(5) Malgré son intérêt, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention E.D.H. au contentieux migratoire n'est pas traitée par ce commentaire. Il s'agit d'une question controversée, mais déjà largement débattue. Voy. notamment N. MOLE et C. HARBY, *Le droit à un procès équitable : un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de

l'homme du Conseil de l'Europe, n° 3, août 2006 ; S. SAROLEA, « Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1999, p. 119. La jurisprudence n'a pas évolué depuis C.E.D.H., gr. ch., *Maaouia c. France*, 5 octobre 2000, req. n° 39652/98. L'on sera toutefois interpellé par la double exclusion des droits procéduraux opérée par la décision *M.N.* puisque la Cour s'est aussi dispensée d'analyser les griefs fondés sur l'article 13 en les absorbant dans l'analyse dédiée à l'article 6 de la Convention E.D.H. Cette approche marque une rupture avec la jurisprudence habituelle qui avait fait de l'examen de l'article 13 une forme de rattrapage pour les matières de droit public, non visées par l'article 6. La protection par l'article 13 avait, année après année, construit un solide corpus de garanties procédurales en matière migratoire. Sur les exigences découlant du

droit à bénéficier d'un recours effectif voy. notamment C. COSTELLO et I. MANN, « Border Justice : Migration and Accountability for Human Rights Violations », *German Law Journal*, 2020, pp. 311-334 ; C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2016 ; T. WIBAULT, « Droit d'asile et recours effectif en Belgique : Procédure accélérée, mais pas amputée », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 24 février 2014.

(6) Article 25, règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un Code communautaire des visas (Code des visas), J.O. L 243 du 15 septembre 2009, pp. 1-58. Pour une présentation générale, J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 132 et s.

(7) En 2015, la Belgique avait reconnu le statut de réfugié à la grande majorité des demandeurs d'asile syriens.

Voy. notamment le rapport du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, année 2015 (www.cgara.be/fr/actualite/statistiques-dasile-bilan-2015) et les rapports de Myria (notamment www.myria.be/files/FR2018-4.pdf). En 2015 et 2016, plusieurs centaines de visas de court séjour ont été délivrés pour des raisons humanitaires à des demandeurs d'asile syriens (www.myria.be/files/Myriadocs4_Visas_humanitaires.pdf).

(8) Voy. les paragraphes 96 à 109 de la décision, s'appuyant notamment sur C.E.D.H., gr. ch., *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, 12 décembre 2001, req. n° 5507/99, § 67 ; C.E.D.H., gr. ch., *Al Skeini et autres c. Royaume-Uni*, 7 juin 2011, req. n° 55721/07, § 131.

(9) C.E.D.H., gr. ch., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, req. n° 46221/99. (10) C.E.D.H., *Al Skeini*, op. cit., § 134. À noter que dans des décisions antérieures, la Commission européenne des droits de l'homme avait



juridictionnel » peut être créé lorsqu'un État lance une enquête pénale en dehors de son territoire¹¹.

Dans *M.N.*, la Cour examine si le cas d'espèce correspond à ces précédents et conclut par la négative. Le seul fait que les autorités nationales, en ce compris juridictionnelles, aient pris une série de décisions concernant les conditions d'entrée sur le territoire belge ne suffit pas pour faire relever les requérants de la compétence « territoriale » de la Belgique. La Cour écarte l'argumentation développée par l'ordre des barreaux francophones et germanophone (OBFG), partie intervenante à la cause. Par la voix de son conseil, maître Frédéric Krenc, l'OBFG avait développé les conséquences qu'il conviendrait de tirer du principe de subsidiarité du système de protection mis en place par la Convention : dès lors que les juridictions belges, à plusieurs reprises, n'avaient pas contesté l'applicabilité territoriale de la C.E.D.H., il ne revenait pas à la Cour d'adopter une position plus restrictive. Ce faisant, l'OBFG ramenait l'attention sur les procédures internes, en se concentrant sur ce qui s'est passé au sein des tribunaux administratifs et civils belges plutôt qu'à l'ambassade de Belgique au Liban¹². La Cour ne l'a pas suivi. Sur ce point de l'argumentation de l'OBFG, qui conduisait à aligner le champ d'application de la C.E.D.H. sur la compétence assumée par les juridictions internes, la motivation de la Cour n'offre qu'une réponse incomplète. La Cour souligne que « le simple fait pour un requérant d'initier une procédure dans un État partie avec lequel il n'a aucun lien de rattachement ne pouvait suffire à établir la juridiction de cet État à son égard »¹³. Rappelant l'affaire *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*¹⁴, la Cour ajoute que « constater le contraire reviendrait à consacrer une application quasi universelle de la Convention sur la base du choix unilatéral de tout individu, où qu'il se trouve dans le monde, et donc à créer une obligation illimitée pour les États parties d'autoriser l'entrée sur leur territoire de toute personne qui risquerait de subir un traitement contraire à la Convention en dehors de leur juridiction »¹⁵. D'une part, en parlant de la simple introduction d'une procédure, la Cour ne répond pas à l'argument tiré de l'acceptation de leur compétence, dans des procédures diverses, par plusieurs juridictions de l'ordre interne. D'autre part, en considérant qu'il n'y a aucun lien de rattachement, la Cour disqualifie l'argument des requérants fondé sur le lien avec une famille belge disposée à les accueillir. Ce lien n'est pas jugé suffisant pour basculer du précédent *Abdul Wahab Khan* vers la jurisprudence en matière de regroupement familial. Lorsqu'un lien familial existe, la Cour ne conteste pas sa juridiction, la présence d'un membre de la famille sur le territoire d'un État partie déplaçant le curseur géographique¹⁶. Cela présuppose l'idée, non explicitée par la Cour, qu'un lien familial crée *a priori* plus de liens avec le territoire du Conseil de l'Europe que des liens sociaux. Or, au-delà de la famille nucléaire, il y a divers degrés de liens familiaux, parfois plus lâches que des relations sociales étroites¹⁷. Comment juger *in abstracto* que les relations entre la famille syrienne concernée et la famille belge disposée à l'accueillir étaient plus faibles que ceux qui existent au sein d'une famille éloignée ? Seul un examen *in concreto*, auquel la Cour est habituellement attachée, permettrait de répondre à cette question. Il n'est pas réalisé. Ce silence soulève autant de questions qui se glissent entre les paragraphes de la décision.

Au-delà de ce débat, sur la compétence déduite de la compétence assumée par les juridictions nationales, vient le débat de la compétence extraterritoriale au regard de la « juridiction » extraterritoriale d'un

État, déduite — ou non — du rôle exercé par les agents d'un poste diplomatique à l'étranger. La Cour constate que si la Belgique exerce bien un contrôle sur les locaux de son ambassade à l'étranger, en revanche, les agents diplomatiques n'ont, dans les faits, exercé aucun contrôle sur les requérants. Ceux-ci, dit la Cour, « ont librement choisi de se présenter à l'ambassade de Belgique à Beyrouth [...] ils ont ensuite pu librement quitter les locaux de l'ambassade belge sans rencontrer aucune entrave »¹⁸. Outre la réaffirmation de la souveraineté des États en matière migratoire à la manière d'une prémisses¹⁹, la motivation figurant dans ces quelques paragraphes repose sur deux éléments centraux, l'un tenant à l'État en cause, l'autre au plaignant. Premièrement, il y aurait lieu de distinguer entre les hypothèses où un État intervient sur sollicitation ou de manière volontaire. Il s'agit du critère de l'origine de l'action de l'État (*infra* 3). Deuxièmement, la notion de juridiction suppose une forme de contrainte sur la personne. Celle-ci serait essentiellement physique puisque la Cour relève que les requérants sont entrés de leur plein gré dans l'ambassade et restaient libres d'en sortir. Il s'agit du critère du degré de liberté conservé par les requérants (*infra* 4).

3 La responsabilité d'un État au regard de la C.E.D.H. déterminée par l'auteur de l'initiative de l'action en cause (l'origine)

La Cour entend éviter qu'il suffise à un individu de s'adresser à une autorité à l'extérieur du Conseil de l'Europe pour bénéficier de la protection d'un État membre²⁰. Cette précaution repose sur une double distinction qui questionne le partage entre obligations négatives et obligations positives.

La première distinction est géographique, selon que la situation est territoriale ou extraterritoriale. La deuxième distinction tient à l'origine de l'action de l'État. C'est la combinaison de ces deux facteurs qui ferait relever — ou non — telle situation de la juridiction de l'État. Si la situation se présente sur son territoire toute action de l'État engagerait de même sa responsabilité au regard de la Convention, que l'origine en soit une initiative de l'État ou une sollicitation à l'égard de l'État. En revanche, si la situation se présente en dehors du territoire de l'État, sa responsabilité serait engagée si, et seulement si, il est à l'origine de son action. Elle ne le serait pas, ou le serait de façon très atténuée, si son action est sollicitée.

Pour simple et intuitive qu'elle puisse paraître, cette différenciation selon l'origine de l'acte en cause est malaisée à appliquer de manière cohérente.

Le premier malaise vient du fondement du critère de différenciation. Ce critère est fondé sur l'initiative de l'action. Il donne une importance capitale à ce qui n'est souvent qu'une règle de procédure. L'État agit sur demande dans de nombreuses hypothèses, parfois, comme ici en l'occurrence, parce que la loi le prévoit. Cette simple règle procédurale — qui détermine le point de départ d'une procédure ou ses modalités d'introduction — n'empêche pas que des droits subjectifs soient en cause²¹. Faut-il considérer qu'une action sollicitée, comme

utilisé exactement la même phrase, mais avait aussi ajouté : « dès lors que ces derniers se trouvent affectés par les actes et omissions de ces fonctionnaires » (déc. *M. c. Dane-mark*, 14 octobre 1992, req. n° 17392/90, nous soulignons ; ou encore déc. *X c. Royaume-Uni*, 15 décembre 1977, req. n° 7547/76, même s'il s'agissait ici d'une ressortissante britannique s'adressant aux autorités de son propre État à l'étranger).

(11) C.E.D.H., gr. ch., *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, 29 janvier 2019, req. n° 36925/07. Pour une présentation générale des questions liées aux obligations extraterritoriales, voy. O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, CUP, 2019, 3^e éd., p. 161 et s.

(12) Cette argumentation de l'OBFG a été largement développée lors de l'audience publique (webcast, retransmission de l'audience de grande chambre du 24 avril 2019, de la 94^e à la 106^e minute).

(13) C.E.D.H., *M.N.*, op. cit., § 123.

(14) C.E.D.H., décembre *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2014, req. n° 11987/11.

(15) C.E.D.H., *M.N. c. Belgique*, § 123.

(16) Voy. not. C.E.D.H., décembre *Haydarie et autres c. Pays-Bas*, 20 octobre 2005, req. n° 8876/04 ; *Senigo Longue c. France*, 10 juillet 2014, req. n° 19113/09 ; *Tanda-Muzinga c. France*, 10 juillet 2014, req. n° 2260/10 ; décembre *Ly c. France*, 17 juillet 2014, req. n° 23851/10.

(17) C.E.D.H., *Moretti et Benedetti c.*

Italie, 27 avril 2010, req. n° 16318/07, § 48 ; *Kopić et Liberda c. Autriche*, 17 janvier 2012, req. n° 1598/06, § 37 ; *Lazoriva c. Ukraine*, 17 avril 2018, req. n° 6878/14, §§ 61-62.

(18) C.E.D.H., *M.N. c. Belgique*, § 118.

(19) C.E.D.H., *M.N. c. Belgique*, § 123 « le principe bien établi en droit international et reconnu par la Cour selon lequel les États parties ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux ». Pour un questionnement de ce « principe bien établi » itérativement répété par la Cour comme un mantra, voy. M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants : Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford Uni-

versity Press, 2015 ; J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit - XX^{es} journées d'études juridiques* Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; S. SAROLEA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, Migrations, Droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

(20) C.E.D.H., *M.N. c. Belgique*, § 123.

(21) Ainsi, ce n'est pas parce que la reconnaissance d'un enfant est un acte volontaire d'un particulier qu'elle n'est pas un droit ; il en va de même d'une demande de regroupement familial. Dans le registre des droits dits négatifs, une personne qui dénonce les menaces dont elle fait



la délivrance d'un visa de court séjour, offre à l'État un pouvoir discrétionnaire plus large ? Tout pouvoir discrétionnaire est encadré par les textes : en l'espèce le Code communautaire des visas et la loi belge du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en son article 9. Il est, de même, encadré par la jurisprudence qui estime que le respect dû aux droits fondamentaux limite l'exercice de tout pouvoir, fût-il discrétionnaire²². C'est à ce titre qu'en l'espèce le juge administratif a pu, en urgence, suspendre les refus de visa, en s'appuyant sur l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. Affirmer que, plus l'État agit sur sollicitation, plus il serait libre et que, à l'inverse, plus il agit d'initiative, plus il serait lié, introduit une distinction dans la protection des droits fondamentaux qui reposerait sur une règle procédurale différenciant l'origine de l'action selon qu'elle est sollicitée ou non. Cette seule règle agit alors non comme une garantie procédurale, mais comme une condition procédurale, préalable à tout examen du contenu matériel des droits concernés. Elle ne repose pas, à, proprement parler, sur la détermination du champ — personnel, matériel ou territorial — du texte, mais sur une condition liée au caractère actif ou passif de l'acte concerné.

Si la distinction entre l'exercice actif ou passif de la puissance publique se conçoit, la même distinction en matière de « protection et sauvegarde » des droits fondamentaux est rejetée de longue date, en imposant à l'État tant des obligations positives que négatives. C'est ici qu'apparaît le deuxième malaise. Cette distinction serait introduite dans la jurisprudence relative aux situations liées aux migrations, à la différence de la jurisprudence constante qui, en d'autres domaines, refuse ou néglige cette distinction. En matière de droits fondamentaux, la jurisprudence a dépassé la distinction entre une obligation négative de s'abstenir et une obligation positive d'agir²³. Définir le champ d'application des droits humains en fonction de l'initiative particulière ou étatique d'une action contribue à réinstaurer la distinction entre obligations négatives et positives. L'État ne serait lié par le respect dû aux droits humains que lorsqu'il pose un acte et non lorsqu'il s'abstient. Le contenu du droit en cause importe plus qu'une telle distinction. La présente affaire met en jeu un droit dont la Cour affirme, depuis des années, qu'il fait partie du noyau dur des droits protégés et sauvegardés. L'article 3 de la C.E.D.H., qui interdit les traitements inhumains et dégradants, est absolu et inderogable²⁴. Cette qualification a surclassé la distinction entre obligation positive et négative. Le caractère indissociable des obligations de s'abstenir et d'agir pour protéger les droits humains, en particulier le noyau dur de ces droits, fait désormais partie des principes fondamentaux de leur interprétation.

l'objet auprès des autorités est à l'origine de leur action, mais est néanmoins titulaire d'un droit d'être protégé.

(22) Cass., 26 mars 2009, R.G. n° C.07.0583.F, J.T., 2009, p. 16, s'agissant d'une demande fondée sur l'article 9bis de la loi précitée du 15 décembre 1980.

(23) Voy., parmi de nombreux exemples, en matière de travail forcé, C.E.D.H., *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 : « limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seules actions directes des autorités de l'État serait incompatible avec les instruments internationaux portant spécifiquement sur cette question et reviendrait à les rendre inopérants » ; *Chowdury c. Grèce*, 30 mars 2017, req. n° 21884/15 : « Comme les articles 2 et 3 de la Convention, l'article 4 peut, dans certains cas, imposer à l'État ce type d'obligation [...]. Pour qu'il y ait obligation positive de prendre des mesures concrètes dans une affaire donnée, il doit être démontré que les autorités de l'État avaient ou devaient avoir connaissance de circonstances permettant de soupçonner raisonnablement qu'un individu était soumis, ou se trouvait en danger réel et immédiat d'être soumis [...] ». En matière

environnementale, C.E.D.H., *Öneriyildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, req. n° 48939/99, § 109, la grande chambre de la Cour relève notamment que « les autorités turques, à plusieurs niveaux, savaient ou étaient censées savoir que plusieurs individus vivant à proximité de la décharge municipale d'Ümraniye étaient menacés de manière réelle et imminente. Par conséquent, elles avaient, au regard de l'article 2 de la Convention, l'obligation positive de prendre préventivement des mesures concrètes, nécessaires et suffisantes pour les protéger [...], d'autant plus qu'elles avaient elles-mêmes mis en place et autorisé l'exploitation génératrice de la menace en question ».

(24) C.E.D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, premier d'une longue lignée d'arrêts en matière d'éloignement du territoire mais, également en dehors du contentieux migratoire. (25) C.E.D.H., *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, req. n° 7367/76, § 93. Passage reproduit en matière de privation de liberté des migrants dans C.E.D.H., *Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92, § 42 ; *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, req. n° 29787/03 et 29810/03, § 67.

(26) Retransmission de l'audience,

4 Absence d'alternative et degré de liberté (la contrainte)

La juridiction extraterritoriale est souvent mesurée par le contrôle qu'un État exerce sur des personnes au-delà de son territoire. En l'espèce, la Cour affirme que la famille était libre d'entrer et de sortir de l'ambassade de Belgique. Ce seul fait l'écarterait du pouvoir de juridiction de l'État. Tel raisonnement paraît considérer que le contrôle sur les personnes se mesure, pour l'essentiel, par la contrainte physique exercée à leur rencontre, même si le mot « contrainte » n'est pas utilisé dans la décision de la Cour. Sans exclure la possibilité de tenir ce raisonnement, on en perçoit la difficulté, en particulier s'il est mené plus *in abstracto* qu'*in concreto*. C'est qu'il y a bien des formes et bien des degrés dans la contrainte. S'agissant du degré de contrainte, on se souviendra que, de longue date, en matière de privation de liberté, la Cour a considéré que « entre privation et restriction de liberté, il n'y a [...] qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »²⁵. S'agissant de la forme, la Cour retient, pour l'essentiel, la contrainte physique. N'existe-t-il pas d'autres formes de contrainte que la force ? Être contraint de se réfugier dans un lieu, par absence d'alternative, est-il différent d'être forcé d'y entrer ? Dirait-on à celui qui saute d'un immeuble en feu qu'il a agi par choix ? La contrainte peut être morale, contextuelle. Elle peut aussi découler de facteurs juridiques. En l'espèce, quelle autre voie légale s'offrait aux requérants pour fuir l'enfer que la recherche d'un visa humanitaire ? Ils expliquaient être dans une impasse : la vie à Alep était la mort, une demande d'asile au Liban était impossible, organiser une fuite par un passage irrégulier en mer, aussi cher que périlleux²⁶...

La décision commentée est muette quant aux alternatives possibles. Quelles étaient les possibilités permettant d'assurer la survie et la liberté des requérants ? Quelles étaient les solutions recevables sous l'angle des droits fondamentaux ? En cela cette décision diffère d'autres jurisprudences. Dans des situations intraterritoriales, mais liées aux migrations, la Cour a expressément reconnu la contrainte morale et examiné les alternatives s'offrant à la personne²⁷. Plus largement encore, dans une situation extraterritoriale, où les causes du préjudice subi du fait de tortures dans un autre État (Tunisie) étaient totalement extérieures à la responsabilité de l'État suisse saisi de la procédure en réparation, la Cour, en grande chambre, tout en écartant la compétence internationale des juridictions suisses, se donne la peine d'examiner les alternatives qui s'offrent au requérant et de dresser un constat d'impasse juridique et de risque de déni de justice²⁸. Certes, tel constat stérile s'ap-

de la 43^e à la 49^e minute. Sur les risques en Méditerranée, voy. not. Organisation internationale pour les migrations (ci-après O.I.M.), « Le nombre de décès de migrants dans la Méditerranée passe la barre des 20 000 suite à un naufrage au large des côtes libyennes », 3 mai 2020 (www.iom.int/fr/news/le-nombre-de-deces-de-migrants-dans-la-mediteranee-passe-la-barre-des-20-000-suite-un-naufrage), et également, pour des données spécifiques, le projet O.I.M. « Missing Migrants » (<https://missingmigrants.iom.int/>). Le réseau UNITED arrive à plus de 40.000 morts depuis 1993 et publie régulièrement une liste à jour avec l'identité des personnes concernées (www.unitedagainstracism.org/blog/2020/06/19/updated-refugee-death-list-2020/).

(27) C.E.D.H., *M.S. c. Belgique*, 31 janvier 2012, req. n° 50012/08, §§ 123-125, la Cour retient une forme de contrainte morale en déduisant une absence de renonciation à l'article 3 dans le chef de celui qui « était placé devant les choix suivants : il pouvait décider de rester en Belgique sans aucun espoir d'y obtenir un jour le droit d'y séjourner légalement et sans perspective concrète d'y vivre en liberté ; une

autre option était de retourner en Irak auprès des siens tout en courant le risque d'y être arrêté et de subir des mauvais traitements en prison ; une dernière option était d'aller dans un pays tiers, ce qui ne s'est pas avéré réalisable. La Cour est d'avis que, dans ces circonstances, les conditions d'un consentement libre n'étaient pas remplies, ce qui excluait l'idée d'une renonciation libre de toute contrainte et la rendait non valable ».

(28) C.E.D.H., gr. ch., arrêt *Naït Li-man c. Suisse*, 15 mars 2018, req. n° 51357/07, § 220 : « Pour autant, la Cour n'exclut pas, s'agissant d'un domaine dynamique, qu'il puisse connaître des développements à l'avenir. Dès lors, et bien qu'elle conclue à la non-violation de l'article 6, § 1, en l'espèce, la Cour invite les États parties à la Convention à tenir compte dans leur ordre juridique de toute évolution favorisant la mise en œuvre effective du droit à réparation pour des actes de torture, tout en examinant avec vigilance toute requête de cette nature afin d'y déceler, le cas échéant, les éléments qui feraient obligation à leurs juridictions de se déclarer compétentes pour l'examiner ».



parente plus à l'esquive qu'à une garantie réelle. À tout le moins la prise en considération du caractère problématique de son absence est préférable au silence ici constaté.

Au-delà des questions d'applicabilité de la C.E.D.H. ou des garanties procédurales qu'elle prévoit, l'enjeu fondamental, au cœur de la décision commentée, est l'accès légal à la protection internationale, ici dans l'Union européenne²⁹. Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg bottant en touche, renvoient la balle aux ordres juridiques nationaux. La première souligne qu'une demande de visa en vue de solliciter l'asile relève du droit national³⁰. La seconde, citant la première, estime que l'exclusion du domaine de la Convention « ne fait pas obstacle aux efforts entrepris par les États parties pour faciliter l'accès aux procédures d'asile par le biais de leurs ambassades et/ou représentations consulaires »³¹. Ce faisant, la Cour admet que la question centrale est l'existence de voies légales et sûres à emprunter par les personnes contraintes de fuir.

Cette phrase, qui clôture le raisonnement de la Cour de Strasbourg dans *M.N. c. Belgique* quant à la juridiction, est à rapprocher d'une invitation semblable adressée, la même année, aux États, par la même grande chambre, dans l'arrêt *N.D. et N.T. c. Espagne*. Cette affaire concernait les tentatives de migrants pour forcer le passage de la frontière entre le Maroc et l'Espagne, dans les enclaves de Ceuta et Melilla. La Cour juge que ces migrants refoulés en groupe ne peuvent se prévaloir d'une violation de l'interdiction des expulsions collectives inscrite à l'article 4 du protocole 4 de la C.E.D.H. La Cour considère que l'absence d'examen de leur situation individuelle résulte de leur attitude violente et du refus d'utiliser les procédures mises en place. L'Espagne avançait en effet que des voies légales étaient disponibles, soulignant notamment qu'un bureau spécial avait été établi au poste frontière international de Beni-Enzar³². Comme dans l'affaire *M.N.*, la question centrale était aussi celle des voies d'accès légales. La Cour reproche aux requérants de ne pas avoir utilisé ces voies légales et souligne que rien ne permet de douter de l'alternative proposée par les autorités espagnoles³³. Luc Leboeuf voit dans l'arrêt *N.D. et N.T.* « un signal jurisprudentiel ...[qui]... consiste à enjoindre aux États d'agir en permanence avec le souci d'accorder l'accès à la procédure d'asile dès que cela semble nécessaire, notamment en mettant en place certaines voies légales d'accès »³⁴. Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence ultérieure de la Cour. Dans un arrêt *M.K. et autres contre Pologne*, du 23 juillet 2020, la Cour condamne la Pologne notamment pour traitement inhumain et expulsion collective à l'égard de migrants russes, tchétchènes, qui avaient utilisé les voies légales d'accès au territoire, mais avaient été refoulés sans examen de leur demande d'asile³⁵. Quelle que soit l'appréciation qui pouvait être portée sur l'accessibilité des voies légales existant à Ceuta et Melilla, la Cour, dans *N.D. et N.T.* prenait la peine, comme dans *Naït Liman* mentionné plus haut, de s'interroger sur l'existence ou non d'alternatives, considérant que leur absence engagerait la responsabilité de l'État concerné. En réponse, les parties en présence peuvent ensuite débattre de la qualité de ces alternatives. Dans l'arrêt *M.N.* ici commenté, il n'est nulle réponse dont il conviendrait de débattre. C'est la question même qui fait défaut.

5 Et demain... ?

Pour les migrants, pour les exilés, les droits humains s'arrêteraient aux frontières, à défaut de lieu où les invoquer. Trop souvent, la réponse judiciaire à ces questions est hantée par la crainte d'un afflux de demandes. Aussi compréhensible que soit cette appréhension, elle ne peut nuire à la bonne compréhension de droits, patiemment construits, dont la sauvegarde risque d'être compromise à défaut de lieu de protection effective. Il y a plus de vingt ans, l'Institut de droit international avait mené des travaux sur la compétence extraterritoriale des États. Si les travaux se concentraient principalement sur la « délocalisation des principales opérations de l'économie contemporaine », il est intéressant de relire un article de l'avant-dernier projet de résolution précisant que : « Le principe de territorialité est limité par l'élargissement des champs des obligations internationales, notamment celles qui protègent les droits de l'homme et les libertés fondamentales » ; et la disposition de préciser : « Quand la violation du droit international a en outre eu pour effet de porter atteinte à un droit fondamental garanti à la personne par une norme de droit international liant les États intéressés, le titulaire de ce droit fondamental doit être en mesure de le faire prévaloir sur l'exercice de la compétence étatique ». François Rigaux, rapporteur du projet de résolution, soulignait qu'il s'agissait de « l'innovation majeure »³⁶. Le projet de résolution n'a pas été adopté à l'époque. Vingt ans plus tard, il pourrait servir de guide aux interprétations jurisprudentielles, compte tenu de nombreuses avancées déjà réalisées en ce sens, notamment en matière de droits liés à l'environnement qui ne s'arrêtent pas aux frontières des États³⁷.

Une lecture ouverte et téléologique de la protection internationale des droits humains est de nature à responsabiliser les États quant à la seule solution réaliste et durable permettant de rencontrer ces questions à long terme : l'organisation d'un cadre international de voies légales de migration. Dans l'attente, l'effectivité de la protection et de la sauvegarde des droits fondamentaux impose d'identifier tous les maillons de la chaîne de causalité menant à la privation d'un droit et de s'en préoccuper. Une telle approche était qualifiée de « fonctionnelle » par le juge Bonello, dans son opinion concordante sur l'affaire *Al-Skeini* précitée car, écrit-il, « la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits fondamentaux [...] n'est guère compatible avec leur morcellement en fonction de considérations géographiques »³⁸. N'est-il pas temps de reconnaître effectivement que c'est aussi à la capacité de franchir les frontières, d'affronter les zones de non-droit, de garantir des droits aux frontières plutôt que d'ériger des frontières aux droits que l'universalité des droits humains se mesurera ?

Sylvie SAROLEA

Professeur à l'UCLouvain

Jean-Yves CARLIER

Professeur à l'UCLouvain

(29) Voy. notamment F.L. GATTA, « Legal avenues to access international protection in the European Union : past actions and future perspectives », *op. cit.*

(30) C.J.U.E., X et X, § 51.

(31) C.E.D.H., *M.N. c. Belgique*, §§ 124 et 126.

(32) C.E.D.H., gr. ch., *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020, req. n°s 8675/15 et 8697/15, ici §204.

Voy. not. M. PICHL et D. SCHMALZ, « "Unlawful" may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case *N.D. and N.T.* »,

Verfassungsblog, 14 février 2020 ; D. THYM, « A Restrictionist Revolution ? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's *N.D. & N.T.* Judgment on "Hot Expulsions" », *eumigrationlawblog*, 17 février 2020 et *Verfassungsblog*, 17 février 2020 ; R. WISSING, « Push backs of "badly behaving" migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements) », *Strasbourg Observers*, 25 février 2020.

(33) *Ibidem*, §§ 211 et 227.

(34) L. LEBOEUF, « Interdiction des

expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques : la Cour européenne des droits de l'homme entre équilibre et contorsions », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2020.

(35) C.E.D.H., *M.K. et autres c. Pologne*, 23 juillet 2020, req. n° 40503/17, 42902/17 et 43643/17 ; U. BRANDL et P. CZECH, « A human right to seek refuge at Europe's external Borders », *eumigrationlawblog*, septembre 2020.

(36) *Annuaire I.D.I.*, session de Vancouver, 2000-2001, vol. 69, avant-

projet de résolution, art. II, p. 89 et rapport, p. 95.

(37) O. DE SCHUTTER, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire *Urgenda* », *R.T.D.H.*, 2020, p. 567.

(38) C.E.D.H., gr. ch., *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, *op. cit.*, opinion du juge Bonello, § 9 (italiques dans le texte). L'opinion, rédigée avec l'humour qui le caractérise, mérite une lecture complète.

