

# 1

## DROITS HUMAINS ET MIGRATIONS : DÉCLINER L'UNIVERSALITÉ AUX FRONTIÈRES

Sylvie SAROLÉA

professeure à l'UCLouvain  
avocate au barreau du Barbant wallon

### Sommaire

---

Introduction	8
Section 1 Une pluralité de juges et de sources, à découvrir et à mobiliser	10
Section 2 Les frontières des droits humains	19
Section 3 La détention d'enfants en contexte migratoire	31
Section 4 Un droit de ne pas être renvoyé, mais peu de droit à résider légalement	34
En guise de refus de conclusion	61

## Introduction

Les études sur la jurisprudence mettant en œuvre les textes de protection des droits humains par les organes supranationaux en matière migratoire ne manquent pas<sup>1</sup>. Pas une semaine ne passe sans qu'un organe de contrôle supranational ne soit amené à se prononcer sur un litige migratoire. La matière est vaste à plusieurs égards.

D'une part, les interrogations quant au respect des droits humains surviennent à chacune des étapes des trajectoires migratoires, que le déplacement soit forcé, volontaire ou, le plus souvent, mixte. Elles surgissent dès le départ du pays d'origine avec la question du droit de quitter, garanti en droit international, mais si intimement lié à celui d'entrer dans un pays tiers, lequel est singulièrement absent<sup>2</sup>. Elles interviennent à chaque étape de la route des migrants, notamment en transit. De plus en plus de voix s'élèvent pour souligner le niveau de violence « en route »<sup>3</sup>. Elles sont présentes aux frontières qu'il est difficile de traverser, où les migrants peuvent être soumis à des privations de liberté. La question du respect des droits humains subsiste dans le pays hôte où les droits de séjour restent parfois précaires et susceptibles d'être retirés. Les éloignements du territoire peuvent entraîner un risque dans le pays de renvoi ou rompre des liens étroits tissés dans le pays de résidence. La qualité des procédures pose aussi question, le contentieux migratoire échappant en large partie aux procédures ordinaires de sorte que l'effectivité des recours est souvent interrogée. Le parcours migratoire et le séjour des étrangers sont en outre jalonnés

<sup>1</sup> E. GUILD, St. GRANT et C. A. GROENENDIJK (éd.), *Human Rights of Migrants in the 21<sup>st</sup> Century*, Londres, Routledge, 2018 ; C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, coll. Oxford Studies in European Law, Oxford, OUP, 2015 ; B. ÇALI, L. BIANKU et I. MOTOC, *Migration and the European Convention on Human Rights*, coll. European Society of International Law Series, Oxford, OUP, 2021 ; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg, Office des Publications de l'Union européenne, 2020. Voy. aussi les fiches thématiques de la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. aussi dans J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, coll. Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, sur la dialectique souveraineté-droits humains, pts 20 et s. ; sur le champ d'application des textes internationaux en matière de droits humains, pts 36-42 ; sur les recours internationaux, pts 739-749.

<sup>2</sup> Ce constat d'un droit à l'émigration sans droit à l'immigration pourrait s'intituler le paradoxe du « pas suspendu de la cigogne ». Tirée du titre d'un film du cinéaste grec Theo Angelopoulos, cette image illustre bien l'état du droit international au regard du migrant, symbolisé par la cigogne : celle-ci peut lever le pied au-dessus d'une ligne frontière (sortir), mais ne peut le déposer de l'autre côté (entrer). Voy. J.-Y. CARLIER, « Existe-t-il un droit à la migration ? La cigogne et la maison », in *Les migrations internationales contemporaines. Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009.

<sup>3</sup> La situation en Libye est notoirement connue grâce à de nombreux rapports d'O.I.G., d'O.N.G. ou encore du travail de journalistes (voy. not. <https://euromedrights.org/migrants-and-refugees-in-libya/>). Sur la prise en compte des violences en route, voy. une jurisprudence rare du Conseil du contentieux des étrangers, 21 décembre 2020, n° 246.540 (avec un commentaire de Laura Jouvèneau) où le juge prend en compte les violences subies par une ressortissante guinéenne lors de son parcours migratoire. Il estime que sa demande de protection internationale a été évaluée avec un degré d'exigence trop élevé, négligeant le profil particulièrement vulnérable de la requérante.

de différences de traitement dont la compatibilité avec les principes d'égalité et non-discrimination est fréquemment étudiée. Enfin, la diversité des questions et leur localisation peut rendre difficile l'identification d'un État responsable et renvoie à la détermination du champ d'application matériel et territorial des droits en jeu. La multiplicité des questions dans le temps et l'espace a fait de la thématique « migrations et droits humains » un sujet qui impose une attention constante.

D'autre part, les sources des droits humains sont diverses<sup>4</sup>. Des textes de droit international des droits humains généralistes, tel le Pacte international sur les droits civils et politiques, aux textes régionaux, au premier rang desquels, en ce qui nous concerne, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « C.E.D.H. »), il existe de multiples sources bien connues, comme la Convention contre la torture, la Convention relative aux droits de l'enfant, ou qui le sont moins, telle la Charte des droits sociaux européens. Autant de normes, rarement dédiées spécifiquement aux questions migratoires, mais de plus en plus mobilisées pour questionner les pratiques et décisions nationales.

Enfin, si le champ des questions possibles est large et les curseurs nombreux, le facteur temps joue aussi puisque tant le réel que les questions de compatibilité avec les droits humains qu'il charrie évoluent. Les problématiques actuelles ne sont plus celles d'il y a dix ou vingt ans. Certaines restent pertinentes telle la détention qui est loin d'être de l'histoire ancienne ; d'autres questions émergent comme la responsabilité de l'Union européenne en tant qu'organisation ou de certains de ses États membres lorsqu'ils collaborent avec des États tiers, comme la Libye. La pandémie de Covid-19 a aussi amené son lot de questions quant à la protection des très vulnérables que sont les migrants, surtout ceux en séjour irrégulier<sup>5</sup>.

L'ampleur du sujet et l'objet de ces recyclages imposent des sélections. Premièrement, la focale est mise sur la jurisprudence des cinq dernières années, 2020 et 2021 étant privilégiées lorsque des décisions existent<sup>6</sup>. Deuxièmement, l'étude porte principalement sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, même si, notamment en ce qui concerne les enfants, les communications des comités onusiens sont évoquées. De même, alors que la Cour de justice de l'Union européenne développe une jurisprudence de

<sup>4</sup> Voy. not. l'inventaire explicatif des sources aux pts 18 et s. du précis de *Droit des étrangers*, op. cit.

<sup>5</sup> Voy. not. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *La Pandémie de Coronavirus et les droits Fondamentaux : Rétrospective de l'année 2020*, Luxembourg, Office des Publications de l'Union européenne, 2021, et not. les pp. 22 et 29 ; J.-Y. CARLIER, E. FRASCA, F. L. GATTA et S. SAROLÉA, « The EU's response to Covid-19 between sovereignty, public health and fundamental rights: Some remarks on the functioning of the Schengen area and the Common European Asylum System », *J.E.D.H.*, 2021 ; I. HACHEZ, O. NEDERLANDT, L. LOSSEAU, M. HARDT et S. SAROLÉA, « Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité : à quoi sert le droit en temps de Covid ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2021, n° 128, pp. 929 et s.

<sup>6</sup> Certes, référence sera faite aux arrêts de principe des années antérieures lorsqu'ils éclairent quant à l'intérêt de décisions récentes.

plus en plus intéressante mettant en regard droits humains et gouvernance des migrations, notamment en application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ses arrêts ne sont pas systématiquement étudiés<sup>7</sup>. Enfin, sur le fond, quatre questions ont été sélectionnées en lien avec l'actualité<sup>8</sup> : le champ d'application du principe de non-refoulement qui influe sur les voies légales d'accès pour les migrants forcés, la détention, notamment en présence d'enfants en écho à la position ambiguë de la Belgique, le droit au regroupement familial dans ses versants négatifs et positifs, et, enfin, la régularisation du séjour sur la base de liens sociaux potentiellement constitutifs d'une vie privée.

La présentation suit le parcours migratoire pays d'origine-pays hôte, précédé par un survol des sources les plus pertinentes et par un rappel des règles présidant à leur invocation. L'accent est volontairement mis sur les droits non garantis, sur les limites aux droits et sur les silences, en ce qu'ils révèlent les défis de la protection des droits des humains que sont les migrants, demain. Ces lacunes sont autant de chantiers pour les praticiens qui sont les premiers aiguillons des juges.

## Section 1

### Une pluralité de juges et de sources, à découvrir et à mobiliser

À titre liminaire, il importe de rappeler que plus de 99% des dossiers se clôtureront au niveau national et n'arriveront jamais au stade des procédures supranationales. La jurisprudence des organes internationaux est essentielle en ce qu'elle met en œuvre le droit international et, en cela, informe sur son contenu et influe sur le droit, les décisions et les pratiques des organisations régionales, telle l'Union européenne, et des États. Les comités et juridictions supranationales interprètent des textes liant les États qui les ont ratifiés et donnent des indications sur les obligations qui en découlent. Il n'existe pas d'organe international spécialement dédié aux migrants comme il en existe pour les femmes, les enfants, les personnes handicapées, ou même, depuis 2004, les travailleurs

<sup>7</sup> Voy. not. les chroniques annuelles de jurisprudence de Jean-Yves Carlier et Luc Leboëuf, et not. la dernière «Droit européen des migrations», *J.D.E.*, 2021, n° 3, pp. 140-154.

<sup>8</sup> D'autres questions auraient pu être traitées comme l'accueil des demandeurs d'asile, notamment face au Covid-19. Voy. à ce sujet Cour eur. D.H., arrêt *N.H. e.a. c. France*, 2 juillet 2020, et le commentaire d'Alice Sinon, «Un accueil respectueux de la dignité humaine: un droit pour tous les demandeurs d'asile», *Cahiers de l'EDEM*, août 2020; Cour eur. D.H., arrêt *X c. France*, 31 mars 2020 (mesures provisoires), et le commentaire de Maxime Leardini et Matthias Petel, «La Cour européenne des droits de l'homme face au Covid-19: les droits fondamentaux des migrants immunisés face au virus?», *Cahiers de l'EDEM*, mai 2020. Ou encore les évolutions jurisprudentielles quant aux droits procéduraux. Voy. à ce sujet, dans la jurisprudence récente, Cour eur. D.H., arrêt *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, 15 octobre 2020, et le commentaire d'Eugénie Delval, «Garanties procédurales lors de l'expulsion d'étrangers au regard de l'article 1 du Protocole n° 7 à la C.E.D.H.: la protection de la "substance" des droits», *Cahiers de l'EDEM*, novembre 2020.

migrants. Ce sont dès lors des textes protégeant les droits humains de manière générale ou les droits d'une catégorie de personnes, tels les enfants, qui sont appliqués aux personnes migrantes.

Outre son accessibilité et sa proximité, le passage par le niveau national est une condition d'accès au juge supranational. L'obligation d'épuiser les voies de recours interne est commune à tous les mécanismes internationaux fondés sur les instruments de protection des droits humains<sup>9</sup>. Elle est non seulement procédurale, en imposant d'utiliser les recours utiles, mais aussi substantielle, en ce que le juge interne doit avoir été en mesure de mettre en œuvre le droit supranational. Cela suppose qu'il ait été invoqué devant lui.

## A. Strasbourg, une pionnière du contentieux relatif aux droits humains des migrants

Le premier réflexe du praticien qui souhaite user d'une voie de recours internationale en matière migratoire est de se tourner vers la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière a été le premier organe de contrôle supranational à faire le lien entre migrations et droits humains.

L'arrêt *Soering* ouvre la voie en 1989, quarante ans après l'adoption de la Convention, en jugeant qu'une extradition vers les États-Unis « engage [...] la responsabilité [...] au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »<sup>10</sup>. Le concept de violation par ricochet était né. Il est à la base de l'obligation imposée aux États membres de s'assurer qu'un éloignement du territoire n'entraîne pas un risque d'atteinte aux droits humains<sup>11</sup>. Le principe s'applique à l'article 3 de la C.E.D.H., qui énonce une interdiction absolue,

<sup>9</sup> Il s'agit non seulement de s'adresser en priorité au juge national, mais aussi d'invoquer devant lui les droits dont le requérant réclamerait ensuite la garantie devant l'organe international. Cette obligation est interprétée *in concreto* par les organes internationaux qui exigent que seuls les recours accessibles et effectifs en droit et en fait soient utilisés au niveau interne. Ainsi, un recours très onéreux, sans qu'un mécanisme d'assistance judiciaire ne remédie à cet obstacle, ou un recours non suspensif de l'éloignement du territoire ne doit pas être tenté (p. ex. : C.A.T. (Comité contre la torture, ONU), *Gharsallah c. Maroc*, 3 août 2018, comm. n° 810/2017). La règle ne diffère qu'en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne qui est saisie par voie de question préjudicielle. Le même mécanisme existe désormais à la Cour européenne des droits de l'homme qui peut être saisie d'une demande d'avis, mais uniquement par « les plus hautes juridictions » des États contractants (Protocole n° 16 à la C.E.D.H.).

<sup>10</sup> Sans imposer le respect de l'article 3 à un État non signataire, la Cour analyse le risque de violations des droits humains aux États-Unis « à l'aune des exigences de l'article 3 ». Elle précise qu'il « ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement ». Mais, « dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés ».

<sup>11</sup> Le principe de non-refoulement est inscrit dans d'autres textes, tel l'article 3 de la Convention contre la torture, offrant également une protection absolue, à la différence de l'article 33 de la Convention de Genève qui autorise des exceptions.

mais aussi à tous les autres droits humains, tel l'article 8 qui protège la vie familiale, tout en autorisant des exceptions.

Le rôle de pionnière assumé par la Cour européenne des droits de l'homme au niveau européen est fondamental tant parce qu'il s'est agi, année après année, de dessiner les contours d'une protection inédite, mais aussi parce que la première de cordée a été source d'inspiration dans le cadre du dialogue des juges. L'expression «*cross fertilization*»<sup>12</sup>, désormais usuelle, illustre cette entreprise d'inspiration, d'échange et parfois de renforcement mutuels.

## B. La fin d'un monopole

Plusieurs facteurs ont ébranlé une forme de quasi-monopole du contrôle supranational strasbourgeois en matière migratoire. La possibilité d'autres voies, alternatives ou complémentaires, conduit les plaideurs à un travail comparatif et stratégique. Plusieurs éléments ont conduit à cette diversification des instances confrontant la souveraineté des États en matière migratoire au respect dû à des droits universellement reconnus.

Premièrement, les délais de la justice internationale, débordée<sup>13</sup>, ont rappelé l'importance du juge du fond et de la nécessité de procédures internes effectives<sup>14</sup>. Certains débats internationaux ont été ramenés au niveau national et ont pu revitaliser un contentieux que les plaideurs étaient parfois trop pressés de dépasser. C'est ainsi que de belles questions sont débattues devant les juridictions internes, notamment constitutionnelles, sur le fondement des textes internationaux, mais aussi du droit interne. Les juges nationaux jouent un rôle

<sup>12</sup> Voy. not. A. A. CANÇADO TRINDADE, «The Continuity of Jurisprudential Cross-Fertilization in the Case-Law of International Tribunals in their Common Mission of Realization of Justice», in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2018 ; L. HENNEBEL, «Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme», in P. Martens et al. (éd.), *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; F. G. JACOBS, «Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice», *Texas International Law Journal*, vol. 38, n° 3, pp. 547-556 ; en matière migratoire B. ÇALI, C. COSTELLO et St. CUNNINGHAM, «Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies», *German Law Journal*, 2020, vol. 21, n° 3, pp. 355-384.

<sup>13</sup> Outre les statistiques disponibles sur les sites des instances internationales, lire, s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt sous la plume du président de la Cour, Robert Spano, «The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law», *Human Rights Law Review*, 2018, vol. 18, n° 3, pp. 473-494. Voy. également les réformes successives de la procédure et notamment l'adoption du Protocole n° 15 qui rappelle les principes de subsidiarité et la marge d'appréciation des États.

<sup>14</sup> Voy. l'analyse par Nicolas Hervieu de la Déclaration du Président de la Cour, Jean-Paul Costa, en 2011 : N. HERVIEU, «Pistes de solutions pour remédier à l'accroissement exponentiel des demandes de mesures provisoires», *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, disponible à l'adresse : <https://journals.openedition.org/revdh/3744?lang=es>, mis en ligne le 12 février 2011.

important, notamment pour valider des dispositifs normatifs nouveaux ou pour questionner ceux existants<sup>15</sup>.

Deuxièmement, le développement du droit de l'Union européenne et l'adoption de la Charte des droits fondamentaux ont conduit la Cour de justice de Luxembourg à interpréter le droit européen par le prisme des droits humains. La Cour veille au respect du droit de l'Union européenne, dont la Charte, du droit primaire et du droit dérivé, tout en faisant un lien fréquent avec la jurisprudence de sa cousine strasbourgeoise<sup>16</sup>. Le niveau de protection garanti a parfois conduit les commentateurs à s'étonner que le juge de Luxembourg soit plus protecteur que celui de Strasbourg<sup>17</sup>.

Troisièmement, après plusieurs décennies de conception d'un régime de protection que les rédacteurs du texte n'auraient pas osé rêver, la jurisprudence strasbourgeoise fait aujourd'hui l'objet de critiques répétées de la part tant de ceux qui estiment qu'elle porte atteinte à la souveraineté des États<sup>18</sup> que de ceux qui considèrent qu'elle la ménage à l'excès<sup>19</sup>. Les atermoiements de la Cour européenne des droits l'homme et sa posture restrictive sur certaines questions sensibles ont détourné certaines affaires vers d'autres organes. En fonction de la question traitée, les comités onusiens sont apparus plus audacieux, même si la question de l'obligatorité de leurs constatations se pose. Il en va de même, au sein du Conseil de l'Europe, du comité des droits sociaux, par exemple sur la question de l'accès à une aide minimale pour les personnes en séjour irrégulier<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Voy. not. M. LYS, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Migrations internationales et justice constitutionnelle. La Belgique », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XXXII, Paris-Aix-Marseille, Economica-PUAM, 2017, pp. 163-199. En France, voy. V. TCHEN, « La constitutionnalisation du droit des étrangers : essai de synthèse », avril 2021, disponible à l'adresse : [www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-constitutionnalisation-du-droit-des-etrangers-essai-de-synthese](http://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-constitutionnalisation-du-droit-des-etrangers-essai-de-synthese) ; S. SLAMA, « Conseil constitutionnel et éloignement des étrangers : un tonneau des Danaïdes constitutionnel », avril 2021, disponible à l'adresse : [www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/conseil-constitutionnel-et-eloignement-des-etrangers-un-tonneau-des-danaïdes-constitutionnel](http://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/conseil-constitutionnel-et-eloignement-des-etrangers-un-tonneau-des-danaïdes-constitutionnel).

<sup>16</sup> Elle est principalement saisie par voie de questions préjudicielles posées par les juridictions nationales des États membres de l'Union européenne. La procédure interne est alors interrompue, une question d'interprétation est envoyée à la Cour de Luxembourg au juge interne.

<sup>17</sup> B. RENAULD, Th. BOMBOIS et P. MARTENS, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, Luxembourg et à Bruxelles? », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 793-827 ; J. HARDY, « Les lignes directrices pour l'application de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial à l'aune de la jurisprudence récente », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 179, pp. 339-349 ; S. SAROLÉA, « De Strasbourg à Luxembourg, quels droits pour les familles migrantes? », *Revue québécoise de droit international*, 2020, n° spécial, pp. 439-464.

<sup>18</sup> Voy. p. ex. M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

<sup>19</sup> Voy. not. M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, OUP, 2015 ; les articles compilés dans l'ouvrage de B. ÇALI, L. BIANKU et I. MOTOC, *Migration and the European Convention on Human Rights*, op. cit.

<sup>20</sup> Voy. p. ex. Comité européen des droits sociaux (C.E.D.S.), 1<sup>er</sup> juillet 2014, C.E.C. (*Conférence des églises européennes*) c. Pays-Bas, n° 90/2013 ; 2 juillet 2014, FEANTSIA, n° 86/2012, et C. NIVARD, « Précisions sur les droits de la Charte sociale européenne bénéficiant aux étrangers en situation irrégulière », *La*

L'exemple de la jurisprudence en matière de violences de genre est intéressant pour illustrer la différence d'approche entre la Cour européenne des droits de l'homme et les comités onusiens. Trois d'entre eux ont eu à connaître de requêtes introduites par des femmes dénonçant le risque de mutilation génitale de leur fille dans leur pays d'origine. Dans ces trois affaires, les autorités nationales avaient rejeté les demandes d'asile introduites par les requérantes, estimant que le risque de persécution n'était pas établi à suffisance. Les trois comités ont estimé, au contraire, qu'un renvoi dans leur pays d'origine violerait les conventions en cause<sup>21</sup>. La Cour de Strasbourg n'a jamais statué en ce sens même si elle admet que les mutilations génitales sont un acte de torture ou un traitement inhumain ou dégradant<sup>22</sup>. Stratégiquement, recourir aux comités est dès lors plus prometteur même si leurs décisions ont une force légale moindre qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

### C. Un large éventail de recours possibles du niveau international au niveau régional, en passant par les instances nationales, en première ligne

Il n'existe pas de juridiction internationale spécifiquement compétente en matière migratoire. Trois organes internationaux de contrôle traitent classiquement les recours individuels introduits par des migrants. Il s'agit du Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>23</sup>, du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes<sup>24</sup> et du Comité contre la torture<sup>25</sup>. S'y ajoute plus récemment un quatrième comité, le Comité des droits de l'enfant, qui contrôle le respect de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui contient des dispositions en matière d'asile<sup>26</sup>. Le protocole ouvrant la voie aux recours individuels devant le Comité des droits de l'enfant est entré en vigueur en 2014. En sept ans, il a déjà tranché plus de soixante

*Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, disponible à l'adresse : <https://journals.openedition.org/revdh/982>, mis en ligne le 27 novembre 2014.

<sup>21</sup> Comité des droits de l'homme (Com. D.H.), *Kaba c. Canada*, 21 mai 2010, comm. n° 1465/2006 ; C.A.T., *F.B. c. Pays-Bas*, 15 décembre 2015, comm. n° 613/2014 ; Comité des droits de l'enfant (C.D.E.), *I.A.M. c. Danemark*, 25 janvier 2018, comm. n° 3/2016.

<sup>22</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Sow c. Belgique*, 19 janvier 2016 : « La requérante n'a pas démontré qu'elle courrait un risque réel d'être ré-excisée en cas de renvoi vers la Guinée » ; Cour eur. D.H., arrêt *R.B.A.B. c. Pays-Bas*, 7 juin 2016 (pas de risque suffisant de mutilation génitale au Soudan) ; *Contra* : C.A.T., *F.B. c. Pays-Bas*, 15 décembre 2015, comm. n° 613/2014, concluant à l'existence d'un risque réel de torture en cas de renvoi vers la Guinée d'une femme invoquant un risque de ré-excision après avoir subi une opération reconstructrice aux Pays-Bas.

<sup>23</sup> Qui contrôle l'application du Pacte international sur les droits civils et politiques, adopté à New York le 16 décembre 1966.

<sup>24</sup> Qui contrôle l'application de la Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979.

<sup>25</sup> Qui contrôle l'application de la Convention contre la torture, adoptée le 10 décembre 1984.

<sup>26</sup> Qui contrôle l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989.

communications en matière migratoire et est désormais identifié comme une voie de recours supranationale de premier rang dans les dossiers impliquant des enfants migrants<sup>27</sup>. Plusieurs affaires concernent la Belgique ; certaines ont déjà fait l'objet de constatations ou de mesures provisoires ; d'autres sont pendantes.

Ces comités ne sont pas des juridictions, ils ne rendent pas des arrêts, mais des avis ou des constatations. Stratégiquement, les décisions prononcées ont une force moindre qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, leur approche peut être plus protectrice, probablement en raison d'un plus haut niveau de spécialisation (par exemple les enfants) doublé, en ce qui concerne le Comité des droits de l'enfant, d'une forme de fraîcheur liée à son jeune âge.

Il est fondamental de connaître les opportunités qu'offrent ces organes qui traitent de requêtes individuelles. Même non jugées obligatoires, des prises de position des comités peuvent conduire les autorités nationales à adapter le droit ou à tout le moins les pratiques. En outre, le débat sur l'obligatorité de leurs communications reste ouvert<sup>28</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, voici quelques illustrations de questions traitées par les comités.

Dans l'affaire *Y.B. et N.S. c. Belgique*, le Comité des droits de l'enfant a conclu à la violation des articles 3, 10 et 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant à la suite de son refus d'octroyer un visa à un enfant pris en charge par un couple belgo-marocain dans le cadre de la *kafala*. Suite au constat de cette violation par le Comité et en application des recommandations émises par ce dernier, la Belgique a procédé au réexamen de la demande de visa de l'enfant et a décidé, au terme de celui-ci, de lui octroyer un visa temporaire de six mois dont la prolongation est subordonnée à des conditions de vie et à une scolarité satisfaisante en Belgique. Sabrina Channaoui souligne que le Comité a également demandé à la Belgique d'adopter des mesures générales visant à prévenir des violations similaires. Elle relève que l'État belge a exprimé son intention, notamment, d'examiner plus rapidement les demandes de visa pour les enfants accueillis dans le cadre de la *kafala* et d'entendre les enfants en tenant compte de leur capacité de discernement. La Belgique s'est également engagée à accorder une attention particulière aux conditions de vie en Belgique et à la situation des enfants dans leur pays d'origine, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>29 30</sup>.

<sup>27</sup> Voy. not. les analyses publiées dans S. SAROLÉA (dir.), *20 ans après l'affaire Tabitha. De nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains*, Limal, Anthemis, 2021, et les contributions de Sabrina Channaoui sur l'obligatorité des communications des comités, « Quelle force pour les constatations des comités onusiens des droits de l'homme ? Le cas particulier du Comité des droits de l'enfant » (pp. 193 et s.).

<sup>28</sup> S. CHANNAOUI, *ibid.*

<sup>29</sup> C.D.E., *Follow-up progress report on individual communications*, CRC/C/82/2, 4 octobre 2019, pp. 7-9. C.D.E., *Constatations rendues sur la communication n° 1472/2006*, CCPR/C/94/D/1472/2006, 9 décembre 2008.

<sup>30</sup> Voy. également en dehors du domaine des migrations, en matière de terrorisme, Com. D.H., *Sayadi et Vinck c. Belgique*, 22 octobre 2008, comm. n° 1472/2006 ; Fr. KRENC, « La Belgique "condamnée" pour

L'affaire qui a mis en avant le débat quant au caractère obligatoire des constatations des comités est le dossier *E.H., R.B., S.B. et Z.B.*<sup>31</sup> relatif à la détention d'enfants au sein du centre 127*bis* de Steenokkerzeel. En date du 25 septembre 2018, le Comité des droits de l'enfant a ordonné la libération de la famille serbe détenue, hormis une courte interruption de trois jours, au centre 127*bis* depuis le 14 août 2018<sup>32</sup>. Rapidement, l'Office des étrangers a fait savoir qu'il ne donnerait pas effet à cette mesure provisoire. Cette information a été relayée dans la presse, tant du côté francophone que néerlandophone<sup>33</sup>.

Le choix d'une voie de recours doit être fait soigneusement puisqu'il n'est pas possible d'en utiliser plusieurs en même temps. Les juridictions des comités onusiens et des cours régionales sont mutuellement exclusives. Les demandes introduites devant les comités onusiens ne sont admissibles qu'à la condition qu'elles n'aient pas été également introduites devant un autre organe, international ou régional, de protection des droits de l'homme ou à tout le moins déclarées recevables devant un autre organe<sup>34</sup>. Le migrant victime d'une violation de ses droits a le choix de l'organe international ou régional de protection des droits de l'homme vers lequel se tourner. Ces mécanismes ne peuvent être utilisés concomitamment ni successivement, à moins que la requête ait été jugée irrecevable devant l'un ou l'autre.

Au niveau régional européen, outre les cours de Strasbourg et de Luxembourg mentionnées ci-avant, un organe doit retenir l'attention: le Comité européen des droits sociaux. Composé d'experts indépendants, il interprète la Charte sociale européenne. Des réclamations peuvent être introduites par des organisations représentatives. Le Comité rédige un rapport avec des constats<sup>35</sup>. Une annexe à la Charte précise qu'en principe, ses dispositions ne concernent que les étrangers en séjour régulier. Le Comité d'experts indépendants a tou-

---

la première fois par le Comité des droits de l'homme sur fond de lutte contre le terrorisme – Cap sur Genève!», *J.T.T.*, 24 octobre 2009, n° 6367, p. 622.

<sup>31</sup> Com. D.H., *Y. B. et N. S.*, 5 novembre 2018, comm. n° 12/2017.

<sup>32</sup> B. VAN KEERSBILCK, «Communiqué de presse: Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies ordonne la libération de la famille serbe», 26 novembre 2018, disponible à l'adresse: [www.dei-belgique.be/index.php/actualites/18-actualites/communiques-de-presse/52-communique-de-presse-le-comite-des-droits-de-l-enfant-des-nations-unies-ordonne-la-liberation-de-la-famille-serbe-2.html](http://www.dei-belgique.be/index.php/actualites/18-actualites/communiques-de-presse/52-communique-de-presse-le-comite-des-droits-de-l-enfant-des-nations-unies-ordonne-la-liberation-de-la-famille-serbe-2.html).

<sup>33</sup> «La Belgique pointée du doigt par les Nations Unies à cause de l'enfermement d'enfants», *Le Soir*, 26 septembre 2018, disponible à l'adresse: [www.lesoir.be/180704/article/2018-09-26/la-belgique-pointee-du-doigt-par-les-nations-unies-cause-de-lenfermement](http://www.lesoir.be/180704/article/2018-09-26/la-belgique-pointee-du-doigt-par-les-nations-unies-cause-de-lenfermement).

<sup>34</sup> Sous réserve de ce que la recevabilité touchant également le fond à Strasbourg, cela signifie qu'une requête qui y est déclarée irrecevable parce que manifestement infondée peut encore faire l'objet d'une saisine du Comité des droits de l'homme, par exemple. Voy. à ce sujet, p. ex., O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 910; ou encore Ch. DEPREZ, «La protection internationale des droits fondamentaux par-delà Strasbourg: aperçu pratique du système des Nations Unies», in Fr. Krenc, Fr. Bouhon et Ch. Deprez (dir.), *Contentieux des droits fondamentaux*, coll. CUP, vol. 203, Liège, Anthemis, 2021, pp. 173-174.

<sup>35</sup> Art. 1<sup>er</sup> et 9 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 9 novembre 1995 prévoyant un système de réclamations collectives, *Série des traités européens*, n° 158.

tefois fait une application souple de ce critère, étendant certains droits aux étrangers en séjour irrégulier<sup>36</sup>.

## D. En cas d'urgence, les mesures provisoires<sup>37</sup>

Les mécanismes de contrôle internationaux sont utilisés en bout de procédure. Il arrive que le requérant soit à la veille d'un éloignement du territoire. Pour éviter des conséquences irréversibles, les organes internationaux peuvent être saisis de demandes de mesures provisoires visant à aménager une situation transitoire. En matière migratoire, ils sont souvent invités à demander une suspension de l'exécution d'une mesure d'éloignement. À Strasbourg, ces mesures fondées sur l'article 39 du règlement de la Cour sont principalement réservées aux dossiers faisant apparaître un risque de violation de l'article 3<sup>38</sup>. La Cour n'accède à de telles demandes qu'à titre exceptionnel, lorsque les requérants seraient autrement confrontés à un risque réel de préjudice irréversible. Ces mesures sont décidées sans préjuger des décisions ultérieures sur la recevabilité ou le fond de l'affaire<sup>39</sup>.

À titre d'illustration, le 8 septembre 2021, la Cour européenne des droits de l'homme a ordonné des mesures provisoires à la Lituanie dans l'affaire *Sadeed et autres c. Lituanie*<sup>40</sup>. Cinq ressortissants afghans alléguaient avoir tenté d'entrer en Lituanie depuis la Biélorussie, où ils sont arrivés en août 2021<sup>41</sup>. Depuis lors, ils avaient tenté à plusieurs reprises d'entrer en Lituanie, en vue de demander une protection internationale<sup>42</sup>. À plusieurs reprises, ils n'ont pas pu entrer en Lituanie ni retourner au Belarus<sup>43</sup>. En vertu de l'article 39 du règlement, les requérants demandent à la Cour de suspendre leur renvoi vers le Belarus, invo-

<sup>36</sup> C.E.D.S., *FI.D.H. c. France* (2004). Le Comité européen des droits sociaux considère que le droit à la dignité humaine doit pouvoir être invoqué par les étrangers en séjour irrégulier, quand bien même une annexe à la Charte sociale européenne révisée exclurait ces derniers du bénéfice des droits qu'elle consacre. Le Comité juge, en l'espèce, que le refus d'accorder une assistance médicale viole la Charte, quels que soient la nationalité et le statut de séjour de la personne concernée (pts 31 et 32). Sur cette procédure, voy. not. Y. KTISTAKIS, *Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Office des Publications du Conseil de l'Europe, 2013.

<sup>37</sup> Sur les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme, voy. la note thématique qui leur est consacrée ([www.echr.coe.int/documents/fs\\_interim\\_measures\\_fra.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/fs_interim_measures_fra.pdf)).

<sup>38</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *M.E. c. Suède*, 8 avril 2015.

<sup>39</sup> S. WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme : la protection préventive des droits conventionnels en puissance ?*, coll. Droit et justice, Bruxelles, Nemesis, 2014, 512 p.; Fr. KRENC (dir.), *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme ; un référé à Strasbourg ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, et notamment la contribution de S. SAROLÉA et E. NÉRAUDAU, « Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme en droit des migrations. Un refuge pour les migrants ? ».

<sup>40</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Sadeed e.a. c. Lituanie*, 8 septembre 2021.

<sup>41</sup> Quelques semaines plus tôt, la Cour a indiqué des mesures provisoires concernant des ressortissants irakiens et afghans se trouvant à la frontière biélorusse avec la Lettonie et la Pologne (Cour eur. D.H., *R.A. e.a. c. Pologne*, 25 août 2021, req. n° 42120/21 et *Ahmed e.a. c. Lettonie*, req. n° 42165/21).

<sup>42</sup> Ils allèguent avoir fui l'Afghanistan car, en tant que ressortissants afghans occidentalisés et éduqués, ils sont particulièrement vulnérables aux repréailles des talibans.

<sup>43</sup> Qui n'est pas signataire de la C.E.D.H.

quant les articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants) et 13 (droit à un recours effectif) ainsi que l'article 4 du Protocole n° 4 (interdiction des expulsions collectives d'étrangers). La Cour y a fait droit jusqu'au 29 septembre 2021, indiquant au gouvernement lituanien que les requérants ne devraient pas être renvoyés en Biélorussie, pour autant qu'ils se trouvent déjà sur le territoire lituanien<sup>44</sup>.

Pour faire la transition avec les affaires étudiées ci-après, le 30 janvier 2019, la Cour de Strasbourg avait également indiqué une mesure provisoire dans l'affaire du navire de sauvetage *Sea-Watch 3*, du nom de l'O.N.G. éponyme<sup>45</sup>. Il était amarré au large de Syracuse en Sicile avec à son bord 47 migrants, n'ayant pas été autorisé par les autorités italiennes à entrer au port. Coincés à son bord, les requérants dénonçaient le défaut de base légale à cette privation de liberté ainsi que les conditions inhumaines et dégradantes qui leur étaient imposées, outre le risque de tels mauvais traitements s'ils étaient renvoyés en Libye. Si la Cour n'a fait pas droit à la demande de débarquement des requérants, elle a sollicité du gouvernement italien « de prendre toutes les mesures nécessaires, dès que possible, pour fournir à tous les requérants les soins médicaux, la nourriture, l'eau et les produits de première nécessité nécessaires. Le gouvernement est également prié d'apporter aux 15 mineurs non accompagnés qui se trouvent à bord l'assistance juridique appropriée (par exemple des mesures de tutelle), et de tenir la Cour informée régulièrement de l'évolution de la situation des requérants ».

Ces affaires dont les décors se situent aux frontières illustrent à quel point c'est de plus en plus là que se cristallisent les questions de respect des droits fondamentaux des migrants. C'est tout naturellement qu'elles conduisent à s'interroger sur les « frontières des droits humains » en contexte migratoire.

<sup>44</sup> Une affaire similaire a fait l'objet de mesures provisoires successives le 25 août 2021 et à nouveau le 29 septembre 2021 au sujet, cette fois, de trente-deux ressortissants afghans immobilisés depuis environ sept semaines dans un campement de fortune à la frontière entre la Biélorussie et la Pologne (Cour eur. D.H., *R.A. e.a. c. Pologne*, précité, req. n° 42120/21) : « Le 25 août 2021, la Cour avait indiqué une mesure provisoire, demandant au gouvernement polonais de fournir aux requérants de la nourriture, de l'eau, des vêtements, des soins médicaux adéquats et, si possible, un abri temporaire (lien vers le communiqué de presse). Le 27 septembre 2021, la Cour a décidé (le juge de permanence) de proroger cette mesure provisoire jusqu'à nouvel ordre. Par ailleurs, la Cour a décidé d'indiquer au gouvernement polonais, en vertu de l'article 39 du règlement, dans l'intérêt du bon déroulement de la procédure devant elle, de permettre aux avocats des requérants de prendre les contacts nécessaires avec eux, soit en autorisant un contact direct entre les requérants et leurs avocats, à condition que les informations fournies par le représentant des requérants soient exactes et que les requérants se trouvent sur le territoire polonais, soit en permettant aux avocats des requérants d'accéder à la frontière polonaise à proximité de l'endroit où se trouvent les requérants. Enfin, la Cour a décidé d'indiquer au gouvernement polonais de ne pas renvoyer les requérants en Biélorussie, à condition que les informations fournies par le représentant des requérants soient exactes et que les requérants se trouvent sur le territoire polonais ».

<sup>45</sup> Cour eur. D.H., communiqué de presse, 30 janvier 2019, n° C.E.D.H. 043 (2019), requêtes nos 5504/19 et 5604/19.

## Section 2

Les frontières des droits humains<sup>46</sup>

1

## A. Du silence au « pied dans la porte »

S'il est difficile de construire une protection solide et effective aux frontières qui sont des lieux de vulnérabilité notamment par leur invisibilité, une question préalable préoccupe en matière de protection des migrants. Il s'agit des frontières géographiques aux droits dans une matière où, naturellement, les éléments d'extranéité sont nombreux. L'acuité de cette problématique est proportionnelle à l'externalisation croissante des mesures de contrôle migratoire, notamment en droit européen<sup>47</sup>.

Les paragraphes qui suivent sont consacrés au moment délicat de l'accès et du passage de la frontière, principalement quant à la jouissance du droit au

<sup>46</sup> J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, «Droit européen des migrations, Chronique», *J.D.E.*, 2017, n° 3, p. 110 (affaire *X. et X.*); J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, «The Prohibition of Collective Expulsion as an Individualisation Requirement», in M. Moraru, G. Cornelisse et Ph. De Bruycker (éd.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 455-473; M. DEN HEIJER, «Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi case», *International Journal of Refugee Law*, 2013, vol. 25, n° 3, p. 285; J.-Fr. DURIEUX et J. McADAM, «Non-Refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies», *International Journal of Refugee Law*, 2004, vol. 16, n° 1, p. 4; J. HATHAWAY et Th. GAMMELTOFT-HANSEN, «Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence», *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, vol. 53, n° 2, pp. 235-284; V. KAKOSIMOU, «Non-refoulement and access to asylum», *International Journal of Social Sciences*, 2017, vol. 3, n° 2, pp. 167-179; E. LAUTERPACHT et D. BERTHELEM, «The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement», in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (dir.), *Refugee Protection in International Law, Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 87 et s.; N. MARKARD, «The Right to Leave By Sea: Legal Limits on EU Migration Control By Third Countries», *European Journal of International Law (EJIL)*, 2016, vol. 27, n° 3, pp. 591-616; M. MILANKOVIC, «Amicus Curiae Brief re MH17; Human Rights Committee on Search and Rescue at Sea», *EJIL Talk*, 29 janvier 2021; L. LEBOEUF, «La Cour de justice face aux dimensions externes de la politique commune de l'asile et de l'immigration. Un défaut de constitutionnalisation?», *Revue trimestrielle de droit européen*, janvier-mars 2019, pp. 55-66; V. MORENO-LAX, «Hirsi Jamaa and Others v. Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control», *H.R.L.R.*, 2012, pp. 574-598; P.-A. VAN MALLEGHEM, «La Cour de justice refuse de revisiter la légalité de l'accord UE-Turquie», commentaire sous C.J.U.E., 12 septembre 2018, *NFJ NG et NM*, C-208/17 P à C-210/17 P, *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2018; S. SAROLÉA, «Is Access to Asylum the Same as Access to Justice?» in M.-C. Foblets et L. Leboeuf (éd.), *Humanitarian Admission to Europe. The Law between Promises and Constraints*, Baden-Baden/Oxford, Nomos/Hart, 2020, pp. 115-154; H.C.R., Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son protocole de 1967, H.C.R., Genève, 26 janvier 2007.

<sup>47</sup> D. THYM et E. L. TSOURDI (2017) «Searching for Solidarity in the EU Asylum and Border Policies: Constitutional and Operational Dimensions», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, n° 5, pp. 605-621; S. CARRERA, J. SANTOS VARA et T. STIRK, *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis: Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019; I. ATAK et Fr. CRÉPEAU, «Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges», *J.E.D.H.*, 2014, n° 5, p. 601; S. SAROLÉA, «Asile et Union européenne face à la crise: d'une gestion interne à une gestion externe», *Revue québécoise de droit international*, 2019, vol. hors série.

non-refoulement. Le conflit syrien aux portes de l'Europe et les arrivées périlleuses par la Méditerranée ont amené les deux cours européennes à répondre à la question de savoir si les demandeurs d'asile avaient d'autres solutions que celle du « pied dans la porte ». Serait-il envisageable de leur ménager des voies légales d'entrée sur un territoire de refuge<sup>48</sup> ? Pour cela, il faudrait interpréter le principe de non-refoulement, droit négatif de ne pas être repoussé, pour en déduire son corollaire naturel, le droit d'entrer. Qui en serait le débiteur ? À quel moment estime-t-on qu'un État est lié par le principe de non-refoulement ? La situation des Afghans au lendemain de la reprise du pouvoir par les talibans met une fois de plus cette question en exergue. Au-delà des décisions prises par des États au titre de leur pouvoir discrétionnaire, est-il possible de fonder une obligation de délivrance d'un visa sur le respect dû aux droits humains ?

Cela pose au moins deux questions : d'une part, celle du champ d'application spatial d'une telle obligation, d'autre part, de l'ampleur de l'obligation positive mise à charge des États. Elle est examinée en partant de l'État d'accueil ou d'arrivée pour s'en éloigner, en voyant, successivement, l'hypothèse du refoulement à partir de ce territoire atteint, des eaux territoriales de l'État d'accueil, de la frontière de l'État d'accueil, des zones internationales des aéroports, des eaux internationales, de l'aéroport du pays d'origine, de l'ambassade de l'État d'accueil dans le pays d'origine ou dans un pays de transit. Le terme « refoulement » est entendu au sens large comme la décision de repousser, expulser, renvoyer. Appliqué à une demande de visa formée dans un consulat, il s'agit plutôt d'un refus d'accès.

## B. Sur le territoire

Une fois le demandeur sur le territoire de l'État d'accueil, il bénéficie assurément du principe de non-refoulement, qu'il soit entré légalement ou non. Cette règle s'applique aussi dans les eaux territoriales des États, qui, juridiquement, font partie intégrante de leurs territoires. Le même principe s'applique à la frontière de l'État. Dès que l'étranger s'adresse aux autorités de l'État d'accueil au contrôle frontière, il bénéficie du principe de non-refoulement. La règle est claire, mais menacée par les pratiques des États en des lieux souvent peu accessibles aux contrôles. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle dans *M.A. et autres c. Lituanie*, en 2019, que le principe de non-refoulement s'applique aux gardes-frontières. Les requérants reprochaient aux autorités lituaniennes d'avoir refusé d'accepter d'enregistrer leur demande d'asile à la frontière<sup>49</sup>. Les affaires citées ci-avant, s'agissant de mesures provisoires, illustrent

<sup>48</sup> Fr. L. GATTA, « Legal avenues to access international protection in the European Union: past actions and future perspectives », *J.E.D.H.*, 2018, n° 3, pp. 163 et s.

<sup>49</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.A. e.a. c. Lituanie*, 11 décembre 2018. « With regard to the Lithuanian authorities' responsibility, the Court observes that there is no dispute that all the decisions complained of by the applicants in the present case were taken by Lithuanian border officials. It is therefore evident that the

la même difficulté à accéder de manière effective à la protection internationale à certaines frontières.

### C. En zone « neutre »

Existe-t-il des zones « neutres », parfois dites « internationales » aux frontières, notamment dans les aéroports ? La jurisprudence internationale répond que ces zones font partie du territoire contigu<sup>50</sup>. Qu'en est-il des frontières terrestres, parfois drastiquement renforcées, tant techniquement que légalement, comme dans les enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla au Maroc ? En 2017, la Cour de Strasbourg conclut à la violation du principe de l'interdiction d'expulsions collectives<sup>51</sup>. L'affaire pose la question du lieu exact de la frontière. S'agissant des enclaves de Ceuta et Melilla, le gouvernement espagnol a utilisé le concept de « frontière opérationnelle », faisant valoir que les requérants n'avaient pas « réussi à aller au-delà du système de protection au poste-frontière de Melilla ». La Cour évite le différend factuel au sujet de la localisation. Elle opte pour un critère centré sur le contrôle exercé par l'Espagne. Plutôt que de se prononcer sur la question de savoir si les requérants se trouvaient ou non sur le territoire espagnol, la Cour juge qu'« à partir du moment où les requérants descendaient des barrières frontalières, ils étaient sous le contrôle continu et exclusif, au moins *de facto*, des autorités espagnoles ». L'arrêt de chambre conclut à une expulsion collective d'étrangers contraire à l'article 4 du Protocole n° 4 de la C.E.D.H. Il relève que N.D. et N.T. avaient été éloignés et renvoyés au Maroc contre leur gré et que les mesures d'éloignement avaient été prises en l'absence de toute décision administrative ou judiciaire préalable.

L'affaire est renvoyée en grande chambre. Celle-ci statue le 13 février 2020<sup>52</sup> et revient sur ces constats. La Cour considère qu'il n'y a pas eu d'expulsion collective. D'un côté, d'un point de vue théorique, la Cour fixe un cadre large au principe de non-refoulement et d'expulsion collective. Elle confirme, d'une part, que le principe de non-refoulement s'applique bien, comme en l'espèce, à la non-admission à une frontière. D'autre part, la Cour confirme que l'interdiction de l'expulsion collective s'applique également à un refoulement collectif et est indépendante de toute appréciation quantitative. En revanche, d'un point de vue pratique, la Cour juge qu'en l'espèce, il n'y a pas eu violation de l'interdic-

---

actions complained of by the applicants were imputable to Lithuania and thereby fell within its jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention » (§ 70).

<sup>50</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Anuur c. France*, 25 juin 1996, § 48 : « La simple possibilité [...] revêt un caractère théorique si aucun autre pays offrant une protection comparable à celle escomptée dans le pays où l'asile est sollicité, n'est disposé ou prêt à les accueillir. [...] la Syrie n'était pas liée par la Convention de Genève relative au statut des réfugiés » (§ 48).

<sup>51</sup> Cour eur. D.H., arrêt *N.D. et N.T. c. Espagne*, 3 octobre 2017.

<sup>52</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020, et la note de L. LEBŒUF, « 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.

tion d'expulsion collective. Elle prend en considération le fait que les personnes concernées ont franchi la frontière en masse et avec force<sup>53</sup>. La Cour considère que, en l'espèce, l'État concerné (l'Espagne) « a offert un accès réel et effectif à des possibilités d'entrée régulières » et qu'il n'y avait pas « de raisons impérieuses reposant sur des faits objectifs dont l'État défendeur était responsable (qui) ont empêché les intéressés d'y recourir »<sup>54</sup>. Cela exonère l'État de sa responsabilité en matière d'interdiction d'expulsion collective. Au-delà des principes établis, la grande chambre opte pour un examen *in concreto* de l'existence, en droit comme en fait, « d'un accès réel et effectif à des possibilités d'entrée régulières ». Ici, les parties, en ce compris les tiers intervenants, étaient opposées sur ce point. L'arrêt tranche cet examen *in concreto* et conclut à l'existence de possibilités réelles et effectives d'entrée régulières. En outre, cette jurisprudence fait application du principe *fraus omnia corrumpit* qui fait perdre le bénéfice de droits à celui qui utiliserait la violence non justifiée par des raisons impérieuses. Elle corrompt alors tout et fait perdre aux personnes qui y recourent le bénéfice du principe de non-refoulement et de l'interdiction d'expulsion collective<sup>55</sup>. Commentant cet arrêt, Luc Lebœuf souligne les contorsions de l'argumentation de la Cour et les difficultés du rôle d'arbitre qu'elle est appelée à jouer. Il identifie un « souci principal de prévenir la multiplication d'épisodes violents aux frontières extérieures de l'Union » en envoyant « pour cela, un double signal d'ordre général : d'une part, les tentatives de passage en force pourront être repoussées par les États et ont donc peu de chances de succès, mais, d'autre part, les États doivent prévoir des voies légales d'accès à une protection effective pour ceux risquant une violation de l'article 3 [de la] C.E.D.H. »<sup>56</sup>.

## D. Dans les eaux internationales

La question des eaux internationales est tout aussi débattue. À l'évidence, il ne s'agit plus du territoire d'un État. La jurisprudence a dû se prononcer quant à la responsabilité des contrôles menés par les États dans les eaux internationales. Dans l'affaire *Sale*, la Cour suprême des États-Unis a statué à propos de l'interception par les gardes-côtes américains en eaux internationales de boat-people haïtiens faisant route vers les côtes américaines. Ces personnes étaient étrangères et ne « se trouvaient » pas encore sur le territoire des États-Unis qui leur refusent l'accès. La Cour suprême n'a pas condamné cette pratique au regard du

<sup>53</sup> La Cour évoque, à plusieurs reprises la notion « d'assauts collectifs ».

<sup>54</sup> § 201.

<sup>55</sup> L. LEBŒUF, « Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques : la Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions », *op. cit.* ; sur l'arrêt de chambre, voy. aussi L. IMBERT, « Refoulements sommaires : la [Cour européenne des droits de l'homme] trace la "frontière des droits" à Melilla », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, disponible à l'adresse : <https://journals.openedition.org/revdh/3740>, mis en ligne le 16 janvier 2018 ; Tr. MAHESHE, « Expulsions collectives et crises migratoires », *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2017.

<sup>56</sup> Voy. L. LEBŒUF, *ibid.*

principe de non-refoulement. Elle a jugé que les États-Unis n'étaient pas liés par ce principe au-delà de leur territoire<sup>57</sup>.

Près de trente ans plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme est confrontée à une question similaire dans l'affaire *Hirsi c. Italie*, s'agissant de bateaux venant de Libye interceptés par les gardes-côtes italiens<sup>58</sup>. La norme en cause était ici non pas l'article 33 de la Convention de Genève, mais l'article 3 de la C.E.D.H. et l'article 4 du Protocole 4 interdisant les expulsions collectives. L'Italie contestait l'application de la C.E.D.H., disant que cela se trouvait hors de la juridiction italienne. La Cour conclut à l'applicabilité de la C.E.D.H. Certes, il faut des circonstances exceptionnelles pour que des actes extraterritoriaux relèvent de la juridiction d'un État membre<sup>59</sup>. Mais, si un État, au travers de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur une personne, celle-ci bénéficie de droits découlant de la Convention, et ce, même si ces agents opèrent hors du territoire de leur État. En l'espèce, outre le fait que les bateaux battaient pavillon italien, les requérants ont été soumis au « contrôle continu et exclusif, en droit et en fait, des autorités italiennes »<sup>60</sup>. Cette affaire a aussi été l'occasion de rappeler que l'interdiction des violations par ricochet vise également les refoulements en chaîne, ici de Libye vers les pays d'origine des migrants, notamment l'Érythrée. Cette obligation est d'autant plus importante lorsque, comme en l'espèce, le pays intermédiaire n'est pas un État partie à la Convention. Après avoir analysé la situation en Libye, la Cour conclut qu'« au moment de transférer les requérants vers la Libye, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existait pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de réfugié octroyé par le H.C.R. »<sup>61</sup>.

## E. Dans le pays d'origine ou dans un pays de transit

Un pas en retrait sur le plan géographique mène à l'application du principe de non-refoulement dans l'aéroport du pays d'origine. Une jurisprudence britannique aborde cette question. Dans l'affaire de l'aéroport de Prague, un accord bilatéral entre le Royaume-Uni et la République tchèque a permis aux agents d'immigration britanniques de contrôler tous les passagers à l'aéroport

<sup>57</sup> Cour suprême USA, 21 juin 1993, *Sale*, n° 92-344. La Commission interaméricaine des droits de l'homme (Case 10.675, rapport n° 51/96 du 13 mars 1997) et le H.C.R. (avis consultatif) ont condamné cette approche.

<sup>58</sup> Se trouvant en Méditerranée, en zone maltaise, les embarcations ont été interceptées par les autorités italiennes. Les occupants ont été transférés sur des navires militaires italiens et immédiatement reconduits à Tripoli. Ils n'ont pas été informés de leurs droits et n'ont pas eu accès à la procédure d'asile.

<sup>59</sup> § 72.

<sup>60</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012.

<sup>61</sup> § 156.

de Prague<sup>62</sup>. La House of Lords du Royaume-Uni a jugé que le principe de non-refoulement ne s'applique pas à eux, car ils n'ont pas encore « quitté leur pays d'origine »<sup>63</sup>.

Qu'en est-il lorsque la demande est introduite depuis la représentation diplomatique de l'État de destination dans l'État d'origine ou, plus souvent, dans un pays de transit, par exemple une demande introduite par des Syriens à l'ambassade de Belgique à Beyrouth ? 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<sup>64</sup> ? Les deux cours européennes ont eu à trancher cette question dans le cadre d'une longue saga judiciaire, qui a mené ce litige des juridictions internes<sup>65</sup> à Strasbourg<sup>66</sup> en passant préalablement par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> House of Lords (UK), 9 December 2004, *Regina v Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, [2004] UKHL 55.

<sup>63</sup> Ce qui est un critère d'application de la définition du réfugié selon l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève.

<sup>64</sup> J.-Y. CARLIER, L. COOLS, E. FRASCA, Fr. L. GATTA et S. SAROLÉA, « Humanitarian visa: does the suspended step of the stork become a hunting permit ? », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2020 et, précédemment, Fr. L. GATTA, « Legal avenues to access international protection in the European Union: past actions and future perspectives », *op. cit.* ; J.-Y. CARLIER et L. LEBŒUF, « Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits: une voie moyenne ? À propos de l'affaire X. et X. », *EU Migration Law blog*, 27 février 2017, disponible à l'adresse : <https://eumigrationlawblog.eu> ; S. SAROLÉA, J.-Y. CARLIER et L. LEBŒUF, « 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 », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, pp. 25-66. Sur l'ensemble de ces questions, M.-Cl. FOBLETS et L. LEBŒUF (dir.), *Humanitarian Admission to Europe. The Law Between Promises and Constraints*, Baden-Baden/Oxford, Nomos/Hart, 2020.

<sup>65</sup> Le Conseil du contentieux des étrangers (Cons. cont. étr., 7 octobre 2016, n° 175973 ; 14 octobre 2016, n° 176363), les juridictions civiles en référé et le Conseil d'État de Belgique (voy. not. C.E., 8 février 2018, XXX, n° 240.692). Voy. L. LEBŒUF, « 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.

<sup>66</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), décision *M.N. c. Belgique*, 5 mai 2020. 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 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: quatorze à Luxembourg, onze 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.

<sup>67</sup> C.J.U.E. (Gde ch.), 7 mars 2017, *X et X c. État belge*, C-638/16 PPU, et les conclusions en sens contraire de l'Avocat général Mengozzi présentées le 7 février 2017. 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 », *EU Migration Law blog*, 16 et 21 février 2017, parties I et II, disponibles à l'adresse : <https://eumigrationlawblog.eu> ; 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.

Dans l'affaire *X. et X.*, la première sur le plan chronologique, la C.J.U.E. a dû répondre à une question préjudicielle posée par une juridiction belge quant à l'applicabilité du droit de l'UE, dont l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux interdit les traitements inhumains et dégradants, à un refus d'octroi d'un visa « humanitaire » à une famille syrienne d'Alep. Celle-ci avait introduit une demande de visa de court séjour au consulat de Belgique. La famille voulait voyager légalement et éviter les dangers de la traversée de la Méditerranée. Se distançant des conclusions de l'Avocat général Mengozzi qui avait donné un avis contraire, la Cour a jugé que le Code communautaire des visas<sup>68</sup> ne régit pas une telle situation. Celui-ci s'applique aux seuls visas de « court séjour ». Or, cette famille entendait rester plus de 90 jours sur le territoire et y demander une protection internationale. La Cour adopte ainsi une approche fondée sur l'objectif poursuivi plutôt qu'une lecture formelle reposant sur la demande introduite. La Cour ajoute que, de toute façon, la directive dite procédure<sup>69</sup> limite le champ du droit d'asile aux demandes introduites sur le territoire de l'UE. Cela aurait pour conséquence que même une demande de visa de long séjour serait en dehors du champ d'application du droit de l'UE. Il s'ensuit aussi que la Charte des droits fondamentaux ne s'applique pas et qu'en conséquence, l'interdiction de violation par ricochet des droits fondamentaux ne s'applique pas non plus. Cela ne signifie pas que la Belgique ne doive pas délivrer un visa, mais bien que le droit européen ne l'y oblige pas<sup>70</sup>.

À Strasbourg, dans *M.N. et autres c. Belgique*<sup>71</sup>, la grande chambre conclut à l'irrecevabilité de la requête. La Cour juge que l'octroi d'un visa humanitaire ne relève pas du champ d'application de la C.E.D.H. Comme à Luxembourg, la Cour de Strasbourg limite son analyse au champ d'application du texte. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la C.E.D.H., « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés » de la

<sup>68</sup> 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.U.E.*, n° L 243, 15 septembre 2009, p. 1. L'article 33 concerne la prolongation du visa.

<sup>69</sup> Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, *J.O.U.E.*, n° L 180, 29 juin 2013, p. 60.

<sup>70</sup> Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs critiques. Retenons-en deux. La première reproche à la Cour d'avoir retenu le critère d'intention – rester plus de trois mois – alors que, formellement, la demande introduite est une demande de visa de court séjour. Cette approche diffère du critère retenu dans la décision du Tribunal de première instance de l'UE, analysant la compatibilité de l'accord UE-Turquie, où le critère de forme a prévalu sur le critère de fond. Deuxièmement, le Code des visas prévoit expressément la possibilité de prolonger le court séjour, notamment pour motifs humanitaires. À la suite de cette affaire, le Parlement européen a proposé que le Code communautaire des visas soit réformé pour prévoir expressément le visa humanitaire. Cette proposition a été rejetée par la Commission.

<sup>71</sup> J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, « 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 », *J.T.*, 28 novembre 2020, n° 6835, pp. 821-825.

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 compétence<sup>72</sup>. 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 territoire<sup>73</sup>. 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 »<sup>74</sup>. De même, un « lien juridictionnel » peut être créé lorsqu'un État lance une enquête pénale en dehors de son territoire<sup>75</sup>.

La Cour examine ensuite 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<sup>76</sup>. 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

<sup>72</sup> Voy. les paragraphes 96 à 109 de la décision, s'appuyant notamment sur Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Bankovic e.a. c. Belgique e.a.*, 12 décembre 2001, § 67; Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Al Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, 7 juin 2011, § 131.

<sup>73</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005.

<sup>74</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Al Skeini.e.a. c. Royaume-Uni*, précité, § 134. À noter que dans des décisions antérieures, la Commission européenne des droits de l'homme avait 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 » (décision *M. c. Danemark*, 14 octobre 1992, nous soulignons; ou encore décision *X c. Royaume-Uni*, 15 décembre 1977, même s'il s'agissait ici d'une ressortissante britannique s'adressant aux autorités de son propre État à l'étranger).

<sup>75</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Güzelyurtlu e.a. c. Chypre et Turquie*, 29 janvier 2019. Pour une présentation générale des questions liées aux obligations extraterritoriales, voy. O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, op. cit., pp. 161 et s.

<sup>76</sup> La Cour écarte l'argumentation développée par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone (O.B.F.G.), partie intervenante à la cause. L'O.B.F.G. 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'O.B.F.G. ramenait l'attention sur les procédures internes, en se concentrant sur ce qu'il s'est passé au sein des tribunaux administratifs et civils belges plutôt qu'à l'ambassade de Belgique au Liban. Cette argumentation de l'O.B.F.G. a été largement développée lors de l'audience publique (*webcast*, retransmission de l'audience de grande chambre du 24 avril 2019, de la 94<sup>e</sup> à la 106<sup>e</sup> minute).

État à son égard»<sup>77</sup>. Rappelant l'affaire *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*<sup>78</sup>, 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»<sup>79</sup>. 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 géographique<sup>80</sup>. 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.

S'agissant 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 »<sup>81</sup>. L'interprétation par la Cour des concepts de liberté et de contrainte a fait l'objet de divers commentaires doctrinaux qui interrogent quant au fait que la contrainte, entendue uniquement dans son sens physique, est excessivement restrictive dès lors qu'il existe de nombreuses autres catégories de pression qui peuvent restreindre ou supprimer l'existence d'alternative<sup>82</sup>.

## F. Le champ d'application territorial face à l'externalisation

Les questions que pose la détermination du champ d'application territorial de la protection garantie par la Convention sont essentielles dans le contexte des migrations forcées et d'une externalisation croissante du contrôle des frontières et des migrations<sup>83</sup>. La question se complexifie encore davantage lorsque des

<sup>77</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.N. c. Belgique*, précité, § 123.

<sup>78</sup> Cour eur. D.H., décision *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2014.

<sup>79</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.N. c. Belgique*, précité, § 123.

<sup>80</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., décision *Haydarie e.a. c. Pays-Bas*, 20 octobre 2005 ; Cour eur. D.H., arrêt *Senigo Longue c. France*, 10 juillet 2014 ; Cour eur. D.H., arrêt *Tanda-Muzinga c. France*, 10 juillet 2014 ; Cour eur. D.H., décision *Ly c. France*, 17 juillet 2014.

<sup>81</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.N. c. Belgique*, précité, § 118.

<sup>82</sup> Voy. not. J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, « 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 », *op. cit.*

<sup>83</sup> Voy. not. E. GUILD et D. BIGO, *Controlling Frontiers. Free Movement Into and Within Europe*, Londres, Routledge, 2005 ; Ph. DE BRUYCKER, M.-Cl. FOBLETS et M. MAES, *Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Bruxelles, Larcier, 2011 ; M. LEMBERG-PEDERSEN, « Effective Protection

acteurs non européens entrent en scène, non seulement parce qu'un élément d'extranéité s'ajoute, mais aussi parce que la responsabilité se dilue.

La Cour va avoir l'occasion de se prononcer dans l'affaire *S.S. et autres c. Italie*<sup>84</sup>, communément connue comme l'affaire du Sea-Watch<sup>85</sup>, actuellement pendante. Elle questionne la responsabilité potentielle de l'Italie dans les opérations menées par les gardes-côtes libyens en coordination avec les autorités italiennes<sup>86</sup>.

Les faits se déroulent durant la nuit du 5 au 6 novembre 2017. Le centre de coordination et de sauvetage maritime de Rome (ci-après «MRCC») perçoit une alerte, provenant d'un téléphone satellite dont disposait l'un des migrants, l'avertissant d'un besoin urgent d'assistance. Par technique de relais, le centre en question contacte alors un ensemble d'acteurs qui se trouvaient à proximité de la zone d'où provenait le message de détresse. La zone concernée se situait hors des eaux libyennes, à l'entrée des eaux internationales et donc au beau milieu de la mer Méditerranée. Trois acteurs ont alors pu être contactés, parmi lesquels deux ont apporté une réponse positive quant à la demande formulée

---

or Effective Combat? EU Border Control and North Africa», in P. Gaibazzi, S. Dünnwald et A. Bellagamba (éd.), *EurAfrican Borders and Migration Management, Political Cultures, Contested Spaces, and Ordinary Lives*, Palgrave Series in African Borderlands Studies, New York, Palgrave Macmillan, 2016; M. NAGORE CASAS, «The Instruments of Pre-border Control in the EU: A New Source of Vulnerability for Asylum Seekers?», *Paix et sécurité internationales*, 2019, n° 7, pp. 161-198; M. DESPAUX, «Application extraterritoriale de la C.E.D.H. et migrations forcées. Comprendre la portée de la protection face aux politiques de non-entrée des États européens», in *Extraterritorialité et Migrations*, Demi-journée de l'Université d'Angers – 12 avril 2019, disponible à l'adresse : [www.sfdi.org/wp-content/uploads/2021/02/Despau-Application-extraterritoriale-de-la-CEDH-et-migrations-forcees.pdf](http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2021/02/Despau-Application-extraterritoriale-de-la-CEDH-et-migrations-forcees.pdf).

<sup>84</sup> Cour eur. D.H., arrêt *S.S. e.a. c. Italie*, 3 mai 2018.

<sup>85</sup> Voy. le dossier qui y est consacré par le *New York Times* ([www.nytimes.com/2019/07/23/video/seawatch-migrants-europe.html](https://www.nytimes.com/2019/07/23/video/seawatch-migrants-europe.html)) ou les recherches et la reconstitution faites par la Goldschmidt University dans le cadre du projet *Forensic Architecture* (<https://forensic-architecture.org/investigation/seawatch-vs-the-libyan-coastguard>). Sur ces *push backs*, voy. not. G. CILIBERTO, «Libya's Pull-Backs of Boat Migrants: Can Italy Be Held Accountable for Violations of International Law?», *The Italian Law Journal*, 2018; voy. sur cette affaire V. MORENO-LAX, «The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control-On Public Powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the "Operational Model"», *German Law Journal*, 2020, vol. 21, n° 3, pp. 385-416.

<sup>86</sup> Selon le texte de la communication : «Invoquant les articles 2 et 3 de la Convention, lu en conjonction avec l'article 1 de la Convention, les requérants se plaignent de ce que le MRCC de Rome, en permettant que le Ras Jadir prenne part aux opérations de sauvetage, les aurait exposés au risque de subir des mauvais traitements et au danger de mort. Selon les requérants, les autorités italiennes auraient failli à leurs obligations positives dérivant des articles 2 et 3 de protéger leurs vies et leur intégrité physique vis-à-vis des agissements de l'équipage du Ras Jadir. Ils affirment que les autorités italiennes ne pouvaient pas ne pas être au courant de ce que les pratiques de refoulement libyennes sont contraires aux standards de la Convention». La requête a été communiquée à l'Italie en lui adressant les questions suivantes : «Le sauvetage de l'embarcation des requérants a-t-il eu lieu dans une zone de responsabilité SAR (*search and rescue*)? Le MRCC de Rome était-il responsable de coordonner la mission de recherche et sauvetage de l'embarcation des requérants aux termes de la "Convention SAR"? Quel navire fut désigné responsable d'organiser sur place les opérations de secours (*On Scene Commander*)?». Sur la coopération avec la Libye, voy. not. FR. L. GATTA, «The trilateral cooperation between the African Union, the European Union and the United Nations on migration and Libya: a successful example of collaboration?», *Federalismi.it, Focus Africa*, 2019, n° 3.

par le centre de secours italien : le navire « Sea-Watch 3 », et un navire de guerre français qui a offert son aide au SW3 en cas de problème et est donc resté à une certaine distance des événements. Le troisième acteur, manquant à l'appel, mais ayant tout de même décidé de faire route vers la zone de détresse, est le navire « Ras Jadir » des gardes-côtes libyens. Ce dernier sera le premier à arriver sur place. L'opération a donné lieu à une confrontation entre ce navire et le bateau de Sea-Watch. L'O.N.G. a pu sauver 59 passagers tandis que 47 autres furent ramenés en Libye. Vingt migrants ont trouvé la mort pendant le sauvetage. Sea-Watch dénonce la manière dont le Ras Jadir s'est comporté et lui impute la responsabilité de ces décès<sup>87</sup>. La Libye n'est pas à la cause et c'est donc l'Italie qui a à répondre de ce drame, ce qui pose de belles questions quant à la responsabilité des pays impliqués, à différents titres, dans des opérations de sauvetage.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des allégations de violations de droits humains lors de sauvetages en mer. Il devance cette fois la Cour de Strasbourg sur ces questions complexes. Deux décisions du 27 janvier 2021 analysent la responsabilité respectivement de l'Italie et de Malte<sup>88</sup>. Le Comité accepte le principe de l'applicabilité extraterritoriale du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en réponse à des requêtes présentées par les proches de ressortissants palestiniens et syriens qui ont perdu la vie lors d'un naufrage en mer Méditer-

<sup>87</sup> La requête indique que les mouvements créés par le bateau libyen projetèrent des personnes qui se trouvaient sur l'embarcation à la mer. En outre, « l'équipage du navire libyen ne fournit pas de gilets de sauvetage, frappa les personnes qui étaient dans l'eau avec des cordes et les menaça avec des armes ». Les autorités militaires italiennes essayèrent « à plusieurs reprises d'entrer en contact avec l'équipage libyen en lui demandant d'éteindre les moteurs du navire et de coordonner les opérations de sauvetage avec SW3. Le Ras Jadir refusa de coopérer avec le SW3, affirmant avoir été désigné comme navire responsable du sauvetage sur place (*On Scene Commander*) ».

<sup>88</sup> Com. D.H., *S.A. e.a. c. Malte*, 27 janvier 2021, comm. n° 3043/2017, et *S.A. e.a. c. Italie*, 27 janvier 2021, comm. n° 3042/2017 ; et le commentaire de Kr. GOMBEER, « Rescue operations at sea and human rights », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2021. Lire aussi les opinions dissidentes et concordantes de plusieurs experts indépendants siégeant au Comité. Sur ces communications, voy. aussi sur le site <http://opiniojuris.org/> : P. VELLA DE FREMEAUX et F. G. ATTARD, « Rescue at Sea and the Establishment of Jurisdiction: New Direction from the Human Rights Committee? », parties I et II ; P. BUSCO, « Not All that Glitters Is Gold: the Human Rights Committee's Test for the Extraterritorial Application of the I.C.C.P.R. in the Context of Search and Rescue Operations » ; G. CITRONI, « No More Elusion of Responsibility for Rescue Operations at Sea: the Human Rights Committee's Views on the Case *A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy and Malta* » ; ou sur [www.ejiltalk.org/](http://www.ejiltalk.org/) : M. MILANOVIC, « Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations ». Sur les questions de responsabilité extraterritoriale, lisez encore R. LAWSON, « Live after *Bankovic*: On the Extraterritorial Application of the European Convention of Human Rights », in F. Coomans et M. T. Kamminga (éd.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2004, p. 83 ; S. BESSON, « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to », *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n° 4, p. 857 ; Y. SHANY, « Taking Universality seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law », *Law and Ethics of Human Rights*, 2013, vol. 7, n° 1, p. 47 ; V. MORENO-LAX et C. COSTELLO, « The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model », in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner et A. Ward (éd.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1657.

ranée. Dans l'affaire maltaise, le Comité conclut à l'irrecevabilité de la demande au motif que les requérants n'avaient pas épuisé les voies de recours disponibles à Malte. Le Comité s'est donc abstenu d'examiner les obligations de Malte au titre du Pacte. En ce qui concerne l'Italie, en revanche, le Comité a estimé que les plaignants entraient dans le champ d'application du Pacte. Sur le fond, il a jugé que l'Italie n'avait pas respecté son obligation de diligence raisonnable pour protéger les personnes en mer. Il ajoute, quant au volet procédural du droit à la vie, que l'Italie n'a pas mené une enquête rapide sur les allégations relatives à une violation du droit à la vie.

Sur les faits et le contenu des obligations en cause, la présente étude se limite à renvoyer aux décisions et aux commentaires dont elles ont fait l'objet. L'on ne s'arrêtera ici que sur le raisonnement du Comité quant à l'applicabilité du Pacte. À Malte qui invoquait que le naufrage s'est produit en haute mer et non dans les eaux territoriales maltaises, le Comité répond que le navire en détresse se trouvait dans la zone SAR («Search And Rescue») relevant de la responsabilité de Malte<sup>89</sup> et que l'État maltais avait officiellement accepté d'assumer la coordination des opérations de sauvetage. L'État exerçait dès lors un contrôle effectif sur celle-ci, entraînant ainsi un lien de causalité «direct et raisonnablement prévisible entre les actes et omissions des États parties et le résultat de l'opération»<sup>90</sup>. Les faits étaient différents dans l'affaire italienne puisque là aussi le navire en détresse se trouvait dans la SAR maltaise. L'Italie est intervenue ici de manière volontaire. Le Comité conclut néanmoins à sa responsabilité sur la base des éléments factuels<sup>91</sup>. S'ajoutent à ces données les obligations juridiques incombant à l'Italie en vertu du droit international de la mer, notamment l'obligation de répondre de manière raisonnable aux appels de détresse conformément à la réglementation SOLAS et l'obligation de coopérer de manière appropriée avec les autres États qui entreprennent des opérations de sauvetage conformément à la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes<sup>92</sup>. Les personnes se trouvant à bord du navire en détresse ont été directement affectées par les décisions prises par les autorités italiennes d'une manière qui était raisonnablement prévisible à la lumière des obligations de l'Italie. Elles relevaient dès lors de sa juridiction au regard du Pacte. En outre,

<sup>89</sup> Conformément à la section 2.1.9 de la Convention SAR et à la règle 33 de la Convention SOLAS.

<sup>90</sup> «The Committee therefore considers that the State party exercised effective control over the rescue operation, potentially resulting in a direct and reasonably foreseeable causal relationship between the States parties' acts and omissions and the outcome of the operation. Consequently, the Committee is not precluded by article 1 of the Optional Protocol from considering the present communication» (§ 6.7.).

<sup>91</sup> Le contact initial établi par le navire en détresse avec le MRCC, la proximité immédiate de l'ITS Libra par rapport au navire en détresse et la participation continue du MRCC à l'opération de sauvetage.

<sup>92</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée le 16 novembre 1973 («UNCLOS»), de la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes adoptée le 27 avril 1979 («Convention SAR») et des règlements adoptés en application de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer adoptée le 1<sup>er</sup> novembre 1974 («Convention SOLAS»).

souligne le Comité, l'Italie a diligenté des enquêtes quant à la conduite de plusieurs officiers de marine impliqués dans l'incident<sup>93</sup>.

Le Comité adopte ici une approche davantage fonctionnelle de la juridiction<sup>94</sup> que celle retenue jusqu'à présent par la Cour de Strasbourg. La réponse que la dernière apportera à la requête dans l'affaire du Sea-Watch indiquera quelle option sera retenue du côté de la Cour européenne des droits de l'homme, en ayant conscience de l'autre défi qu'est la sauvegarde de la cohérence entre les affaires « migrations » et autres, telles celles relatives aux conflits armés qui posent elles aussi des questions d'applicabilité territoriale<sup>95</sup>.

### Section 3

## La détention d'enfants en contexte migratoire

Outre les conditions de détention, le principe même de la détention retient l'attention des juridictions supranationales, notamment en présence d'enfants<sup>96</sup>. La privation de liberté est utilisée par les États pour retenir les migrants aux frontières lors d'une tentative d'entrée lorsqu'il est jugé qu'ils ne disposent pas des documents requis, ainsi que pour mettre en œuvre la politique de retour. L'on ne revient pas ici sur l'abondante jurisprudence consacrée à la détention des migrants, principalement, mais pas exclusivement, aux frontières<sup>97</sup>. Les développements qui suivent se limitent au dernier état des discussions quant à la détention d'enfants.

Quant à la notion même de privation de liberté, l'arrêt *R.R. et autres c. Hongrie* du 2 mars 2021<sup>98</sup> statue sur la situation dans la zone de transit de

<sup>93</sup> § 7.8.

<sup>94</sup> V. MORENO-LAX, «The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, *S.S. and others v. Italy*, and the “Operational Model”», *op. cit.*, pp. 401-403.

<sup>95</sup> Kristof Gombeer s'interroge sur l'écart entre les décisions du Comité des droits de l'homme et la jurisprudence d'autres organes de protection des droits humains. Il relève que la Cour européenne des droits de l'homme n'a certainement pas estimé suffisante la simple capacité des États à produire « un effet » pour déclencher l'applicabilité de la Convention, tout en attirant l'attention sur des jurisprudences récentes plus nuancées, qui ont admis des obligations de procédures liées au droit de la vie (Cour eur. D.H., arrêt *Makuchyan et Minasyan c. Azerbaïdjan et Hongrie*, 26 mai 2020; Cour eur. D.H., arrêt *Hanan c. Allemagne*, 16 février 2021), certes hors contexte migratoire.

<sup>96</sup> Sur la détention sans enfant dans la jurisprudence récente de la Cour européenne, s'agissant de la Belgique, voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Saqavat c. Belgique*, 30 juin 2020, et la note de J.-B. Farcy, «Détention d'un étranger en vue de son éloignement: la jurisprudence “sans objet” de la Cour de cassation condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme», *Cahiers de l'EDEM*, octobre 2020.

<sup>97</sup> S. SAROLÉA et A. SINON (dir.), *20 ans après l'affaire Tabitha. De nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains*, Limal, Anthemis, 2021, 285 p.; S. SAROLÉA, «Detention of Migrants in Belgium and the Criminal Judge: A Lewis Carroll World», in M. Moraru, G. Cornelisse et Ph. De Bruycker, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2020, Chapitre 11.

<sup>98</sup> Cour eur. D.H., arrêt *R.R. e.a. c. Hongrie*, 2 mars 2021, et la note de L. LEBŒUF, «Les Cours européennes face à un État réticent à suivre leurs enseignements. Des fertilisations croisées au renforcement réciproque des légitimités judiciaires», *Cahiers de l'EDEM*, mars 2021.

Röske, près de la frontière avec la Serbie. Elle confirme sa jurisprudence antérieure au sujet d'une famille composée notamment de trois enfants mineurs qui dénonçait tant la détention que ses conditions, ainsi que l'absence de recours pour les contester. Après avoir qualifié la rétention de privation de liberté, la Cour conclut au défaut de base légale et à l'absence de recours juridictionnel adéquat en raison de la législation interne trop imprécise. Le jeune âge des enfants, la grossesse de la maman, et la durée de la détention (soit quatre mois) conduisent la Cour à qualifier la détention de traitements inhumains et dégradants. Commentant cet arrêt, Luc Lebœuf souligne que s'il apparaît comme une répétition des décisions antérieures sur la situation à Röske, il faut aussi le lire dans le contexte jurisprudentiel particulier des condamnations successives de la Hongrie en raison du traitement réservé aux demandeurs d'asile dans la zone de transit de Röske. Tant la Cour de Strasbourg que la Cour de Luxembourg ont eu à se prononcer quant aux réticences de la Hongrie quant aux droits fondamentaux, notamment des migrants<sup>99</sup>. Il voit dans l'arrêt *R.R.* un rapprochement des positions des deux cours, la Cour européenne des droits de l'homme rejoignant la Cour de justice de l'Union européenne pour estimer, certes en soulignant la vulnérabilité particulière de la famille, qu'il y a bien détention dans cette zone de transit. Luc Lebœuf y voit l'expression des fertilisations croisées qui marquent le dialogue des juges et illustrent « un renforcement réciproque de légitimité entre les Cours de Strasbourg et de Luxembourg [qui...] contribue à consolider la figure du juge face aux tentations de s'éloigner des principes de l'État de droit et, en particulier, des obligations internationales de protection des droits fondamentaux des étrangers ».

S'agissant d'enfants, cette fois privés de liberté sans leurs parents, la Cour a été amenée à se prononcer dans une affaire *Moustahi c. France* le 25 juin 2020<sup>100</sup>. Ces deux mineurs étrangers non accompagnés comoriens ont été détenus sur le territoire français, à Mayotte, avant d'être refoulés aux Comores. La Cour rappelle la nécessaire prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en contexte migratoire et conclut à la violation de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, de l'article 5 qui protège face à la privation de liberté et de l'interdiction des expulsions collectives. S'agissant aussi de la France, la Cour réitère son analyse un an plus tard le 22 juillet 2021 face à une mère, de nationalité malienne, et sa fille de quatre mois, qui se sont retrouvées en rétention pendant onze jours dans l'attente de leur transfert en Italie en vertu du règlement de « Dublin ». Une mesure provisoire indiquée par la Cour y mit fin. Là aussi, le seuil de gravité requis pour conclure à la violation de l'article 3 est dépassé en raison du très jeune âge de l'enfant et des conditions d'accueil

<sup>99</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019; C.J.U.E, 14 mai 2020, *FMS e.a.*, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU; C.J.U.E, 17 décembre 2020, *Commission c. Hongrie*, C-808/18; C.J.U.E., 17 décembre 2020, *Commission c. Hongrie*, C-238/19.

<sup>100</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Moustahi c. France*, 25 juin 2020. M. LEARDINI et S. SAROLÉA, « L'arrêt *Moustahi* : intérêt supérieur et détention de l'enfant migrant aux frontières de l'Union européenne », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2020.

dans le centre. Commentant cet arrêt, Hélène Gribomont se fait écho de toutes les condamnations antérieures d'États privant de liberté des enfants migrants<sup>101</sup>.

La lecture de cet arrêt ne peut empêcher de réitérer la question que posent de nombreux commentateurs depuis des années. Quand la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle revenir sur la jurisprudence *Mubilanzila c. Belgique* (plus connue sous le nom de Tabitha du prénom de l'enfant de cinq ans détenue) en ce qu'elle interprète l'articulation des causes légitimes de privation de liberté? Le principe de la détention de mineurs étrangers est admis *en théorie*, mais d'un autre côté, *en pratique*, la mesure prise n'est pas compatible avec les exigences de la Convention. La posture en devient schizophrénique si aucune modalité ne trouve grâce aux yeux du juge européen. Ce décalage n'est-il pas un signe de ce que l'axiome qui consiste à admettre qu'un mineur soit détenu, sans que cela ne soit motivé par son intérêt, ne peut être accepté, fût-il migrant? La Cour pourrait opter pour un raisonnement privilégiant la vulnérabilité spécifique d'un enfant en séjour irrégulier et interpréter l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f), de la Convention comme n'autorisant la détention qu'en cas de mesure «protectrice» au sens de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, d), comme l'avait plaidé l'avocat Dirk Vanheule dans l'affaire *Mubilanzila*<sup>102</sup>. Quelles que soient les circonstances et les conditions de détention, la Cour de Strasbourg, sans condamner le principe, sanctionne à chaque fois la privation de liberté imposée à des enfants migrants. Aucun arrêt n'a jugé la mesure admissible au regard des exigences de la C.E.D.H., que le mineur soit accompagné ou pas. Si la multitude de cas soumis à la Cour n'a jamais mené celle-ci à juger que détenir des enfants migrants était compatible avec la Convention, n'est-ce pas le signe que la privation de liberté de mineurs relève du paragraphe qui leur est spécifique et non de celui dédié aux étrangers?

Le droit belge autorise toujours la détention des mineurs même s'il n'y est plus recouru. Le secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration, Sammy Mahdi, a déclaré dans sa note de politique générale que «[l]es mineurs ne peuvent pas être détenus dans des centres fermés»<sup>103</sup>. Le 24 juin 2021, le Conseil d'État, après avoir suspendu l'arrêté royal du 22 juillet 2018 quant à la détention possible de mineurs<sup>104</sup>, a rejeté le recours au stade de l'annulation<sup>105</sup>. La haute juridiction maintient la possibilité de détenir des familles avec enfants, renvoyant

<sup>101</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.D. et A.D. c. France*, 22 juillet 2021, H. GRIBOMONT, «La Cour européenne des droits de l'homme interdit encore et toujours la détention de mineurs migrants», *Cahiers de l'EDEM*, août 2021.

<sup>102</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Mubilanzila c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 100.

<sup>103</sup> Note de politique générale, 4 novembre 2020, p. 34, confirmant ainsi les engagements figurant dans l'Accord de gouvernement du 30 septembre 2020, p. 95. disponible à l'adresse : [www.belgium.be/sites/default/files/Accord\\_de\\_gouvernement\\_2020.pdf](http://www.belgium.be/sites/default/files/Accord_de_gouvernement_2020.pdf).

<sup>104</sup> Voy. sur l'arrêt de suspension E. BRIBOSIA et G. HAUMONT, «Quand se renvoyer la balle transforme les voies de recours en matière de détention d'enfants en un dédale kafkaïen», in S. Saroléa et A. Sinon (dir.), *20 ans après l'affaire Tabitha. De nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains*, Limal, Anthemis, 2021, p. 291.

<sup>105</sup> C.E., 24 juin 2021, *O.B.F.G. e.a. c. État belge*, n° 251.051.

ainsi la balle aux « juges judiciaires, amenés à contrôler la détention dans des cas individuels »<sup>106</sup>, à moins que le législateur n'intervienne. Telle ne semble pas être l'intention du gouvernement.

#### Section 4

### Un droit de ne pas être renvoyé, mais peu de droit à résider légalement

Miroir de la distinction entre obligations négatives et positives, qui s'atténue, mais subsiste, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme continue à offrir une protection absolue ou relative aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement tout en restant plus réservée face aux demandes d'obtention d'un titre de séjour. Si cette question mérite d'amples développements, l'exposé proposé se limite, après un rappel des principes, à l'illustrer en faisant état de quelques jurisprudences récentes de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'enfant.

#### A. Principes

En matière d'immigration, la souveraineté nationale demeure le principe, même s'il entre en tension avec les droits humains. Ces derniers le tempèrent, plus ou moins largement. De façon générale, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit [...] de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol » et au besoin, de les expulser<sup>107 108</sup>.

Cette phrase, affirmant la souveraineté nationale, sera ensuite reprise, comme un mantra, dans toutes les jurisprudences de la Cour relatives aux questions liées aux migrations. Il peut s'agir d'extradition<sup>109</sup>, d'expulsion indi-

<sup>106</sup> H. GRIBOMONT, « La Cour européenne des droits de l'homme interdit encore et toujours la détention de mineurs migrants », *op. cit.*

<sup>107</sup> Jurisprudence constante depuis Cour eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67 ; ou Cour eur. D.H., arrêt *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991.

<sup>108</sup> Il en va de même en matière de nationalité. La Cour rappelle aussi qu'il n'y a pas, dans la C.E.D.H., de disposition reconnaissant un droit à la nationalité. Toutefois, si les conditions d'accès à la nationalité d'un État paraissent disproportionnées, par exemple en matière de langue pour les minorités russophones dans les États baltes, ces étrangers devront faire l'objet d'une protection plus attentive contre l'expulsion au regard du risque de traitement inhumain ou dégradant (art. 3 de la C.E.D.H.), ou de leur vie privée et familiale (art. 8 de la C.E.D.H.) (Cour eur. D.H., arrêt *Slivenko c. Lettonie*, 9 octobre 2003 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sysoyeva e.a. c. Lettonie*, 16 juin 2005).

<sup>109</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §§ 85 et 91.

viduelle<sup>110</sup>, d'expulsion collective<sup>111</sup> ou de détention d'étrangers<sup>112</sup>. La Cour précise notamment que « le corollaire du droit pour les États de contrôler l'immigration est que les étrangers ont l'obligation de se soumettre aux contrôles et aux procédures d'immigration et de quitter le territoire de l'État contractant concerné lorsqu'ils en reçoivent l'ordre si l'entrée ou le séjour sur le territoire leur sont valablement refusés »<sup>113</sup>.

Deux facteurs jouent dans le rapport de force entre souveraineté et droits. D'une part, les limites à la première sont plus nettes face à l'obligation négative de ne pas porter atteinte à un droit par l'éloignement d'un étranger présent, surtout s'il est en séjour légal, que face à l'obligation positive de permettre l'entrée et le séjour. D'autre part, la nature du droit en cause joue. La souveraineté est plus restreinte face à un droit absolu, tel l'article 3 de la C.E.D.H. que face à un droit relatif tel l'article 8 qui protège la vie familiale. Ceci étant dit, ni l'article 3, malgré son caractère absolu, ni l'article 8 ne fondent aisément un droit d'accès. La situation serait même inverse au vu de la jurisprudence en matière de visas. L'article 8 se révèle plus protecteur puisque le lien familial qu'il protège rattache la situation concernée au domaine territorial de la Convention là où ce n'est pas le cas de l'article 3<sup>114</sup>.

Entrer dans le champ d'application de la Convention ne signifie toutefois pas que le droit à la vie familiale primera *in fine* les restrictions liées à la souveraineté, mais ce droit peut être invoqué. Pour le dire autrement, l'article 8 permettra davantage d'entrer dans le champ d'application territorial de la Convention européenne des droits de l'homme, mais pas nécessairement dans son champ d'application matériel si le droit à la vie familiale dans le pays d'accueil n'est pas protégé ou alors s'il l'est, mais insuffisamment face aux ingérences admises. Les décisions présentées ci-après illustrent cette complexité, ainsi que les réticences de la Cour européenne des droits de l'homme à dépasser la distinction obligations négatives – obligations positives en matière migratoire.

<sup>110</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, § 70; Cour eur. D.H., arrêt *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 102; Cour eur. D.H., arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 73; Cour eur. D.H., arrêt *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, § 33.

<sup>111</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Hirsi Jamaa c. Italie*, précité, § 113.

<sup>112</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Amuur c. France*, précité, § 41; Cour eur. D.H., arrêt *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008.

<sup>113</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*, 3 octobre 2014, § 100.

<sup>114</sup> 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 géographique (voy. not. Cour eur. D.H., décision *Haydarie e.a. c. Pays-Bas*, précitée; Cour eur. D.H., arrêt *Senigo Longue c. France*, 10 juillet 2014; Cour eur. D.H., arrêt *Tanda-Muzinga c. France*, précité; Cour eur. D.H., décision *Ly c. France*, précité). 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 étroites (Cour eur. D.H., arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie*, 27 avril 2010, § 48; Cour eur. D.H., arrêt *Kopf et Liberda c. Autriche*, 17 janvier 2012, § 37; Cour eur. D.H., arrêt *Lazoriva c. Ukraine*, 17 avril 2018, §§ 61-62).

## B. Combinaison de droits

Avant de découvrir ces récents arrêts, il faut encore préciser que les droits matériels en cause peuvent également être combinés avec les droits procéduraux, au premier rang desquels le droit à un recours effectif,<sup>115</sup> mais aussi avec les principes d'égalité et de non-discrimination. Ainsi, en 1985, dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*<sup>116</sup>, la première à avoir statué sur le droit au regroupement familial, la Cour européenne des droits de l'homme estime que l'inégalité entre hommes et femmes constitue une violation des articles 8 et 14 combinés de la C.E.D.H.<sup>117</sup>

Plus récemment, l'arrêt de grande chambre prononcé dans l'affaire *Biao c. Danemark* illustre l'application conjointe des articles 8 et 14, le critère de différenciation étant cette fois l'origine ethnique ou la durée dans la nationalité<sup>118</sup> : « [d]es mesures de contrôle de l'immigration qui peuvent passer pour compatibles avec l'article 8, § 2, au regard notamment du critère du but légitime, peuvent néanmoins s'analyser en une discrimination injustifiée contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8 »<sup>119</sup>. La jurisprudence est peu abondante sur cette question. La Cour conclut qu'il y a violation de ces deux articles combinés. L'État ne dispose que d'une marge d'appréciation étroite face à une discrimination indirecte opérée par un État entre ses propres ressortissants selon leur origine ethnique : « [i] est très difficile de concilier l'octroi d'un traitement

<sup>115</sup> Not. l'article 13 de la C.E.D.H. (sur le droit à un recours effectif et l'immigration ; voy. not. M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2014 ; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Normes européennes sur les voies de recours, les mécanismes de plainte et les enquêtes effectives aux frontières*, juin 2021, disponible à l'adresse : [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/coe-fra-2021-effective-remedies-european-borders\\_fr.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/coe-fra-2021-effective-remedies-european-borders_fr.pdf), mais aussi E. DELVAL, « Garanties procédurales lors de l'expulsion d'étrangers au regard de l'article 1 du Protocole n° 7 à la C.E.D.H. : la protection de la "substance" des droits », *Cahiers de l'EDEM*, novembre 2020.

<sup>116</sup> La Cour européenne des droits de l'homme était saisie de la conformité de la législation du Royaume-Uni sur l'immigration, avec l'article 8 de la C.E.D.H. protégeant la vie privée et familiale. La législation du Royaume-Uni permettait de refuser le droit de séjour aux maris étrangers de femmes qui, soit étaient Anglaises, soit bénéficiaient d'un droit de séjour en Angleterre. À l'inverse, la même limite ne frappait pas les épouses étrangères d'hommes anglais ou étrangers ayant un droit de séjour.

<sup>117</sup> La Cour souligne que « seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe » (§ 78). Après avoir rappelé le principe de souveraineté en soulignant que cette affaire « a trait, non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol » (§ 67).

<sup>118</sup> Le requérant, citoyen danois naturalisé, d'origine togolaise et son épouse ghanéenne contestaient le fait de ne pas pouvoir s'installer au Danemark sur la base du regroupement familial au motif qu'ils ne remplissaient pas la condition posée par la législation interne selon laquelle les candidats au regroupement familial ne doivent pas avoir d'attaches plus fortes avec un autre pays que celles qu'ils entretiennent avec le Danemark. Depuis une modification de 2003, la législation danoise dispense de cette condition les personnes titulaires de la nationalité danoise depuis au moins vingt-huit ans, ce qui induit une différence de traitement entre les Danois de naissance et les autres Danois.

<sup>119</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, § 118, renvoyant à la jurisprudence antérieure (Cour eur. D.H., arrêt *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, 6 novembre 2012, § 53 ; Cour eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, précité, § 87).

spécial avec les normes et les évolutions internationales actuelles»<sup>120</sup>. La Cour de Strasbourg souligne en outre que si un traitement préférentiel des citoyens européens peut être admis<sup>121</sup>, «l'Union européenne constituant un ordre juridique particulier, qui a en outre établi sa propre citoyenneté»<sup>122</sup>, cela ne signifie pas que l'on puisse réserver un traitement plus favorable aux «citoyens de naissance» par rapport aux «citoyens ayant acquis leur nationalité après la naissance». Cela revient à établir une discrimination indirecte opérée par un pays entre ses propres ressortissants selon leur origine ethnique<sup>123</sup>.

Ces jurisprudences sont des ressources intéressantes face à des législations restrictives, les conditions d'accès étant admises dans leur principe, sans pour autant qu'elles soient autorisées à instaurer des différences de traitement fondées sur le genre, la préférence sexuelle<sup>124</sup> ou encore l'origine nationale.

### C. Du droit absolu à ne pas être renvoyé...

La protection contre l'éloignement est absolue lorsque l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants est en cause, tandis qu'elle est relative s'agissant des droits qui peuvent faire l'objet d'une ingérence, telle la vie familiale ou la vie privée<sup>125</sup>.

Le premier volet est illustré par deux arrêts rendus par la Cour de Strasbourg respectivement le 27 octobre 2020 contre la Belgique et le 15 avril 2021 contre la France. L'arrêt contre la Belgique contient de précieux enseignements quant à la charge de la preuve du risque, tandis que celui relatif à la France revient sur les considérations d'ordre public.

<sup>120</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Biao c. Danemark*, précité, § 131.

<sup>121</sup> Cour eur. D.H., arrêt *C. c. Belgique*, 7 août 1996, § 38.

<sup>122</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Biao c. Danemark*, précité, § 134.

<sup>123</sup> La Cour ajoute que «les règles du droit de l'Union européenne relatives au regroupement familial n'établissent aucune distinction entre les personnes selon qu'elles ont acquis une nationalité par la naissance, par enregistrement ou par naturalisation» (Cour eur. D.H., arrêt *Biao c. Danemark*, précité, § 134).

<sup>124</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016. Cette affaire concernait l'impossibilité pour les requérants, un couple homosexuel formé d'un Italien et d'un Néo-zélandais, de vivre ensemble en Italie en raison du refus des autorités italiennes d'octroyer au second requérant un permis de séjour pour raison familiale, la loi nationale sur l'immigration ne comptant pas les partenaires non mariés parmi les bénéficiaires d'un permis de séjour de famille. Les requérants alléguaient en particulier que ce refus s'analysait en une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention, jugeant que l'impossibilité faite aux requérants d'obtenir un permis de séjour pour raison familiale avait constitué une discrimination injustifiée. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, voy. J.-Y. CARLIER, «Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt *Coman* (obs. sous C.J.U.E., Gde ch., arrêt *Coman*, 5 juin 2018)», *Rev. trim. dr. h.*, 2019, n° 117, pp. 203-227.

<sup>125</sup> Sur la protection de l'ordre public, voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Ghoumid e.a. c. France*, 25 juin 2020; Chr. MACQ, «Déchéance de nationalité : une restriction des droits validée au nom de la lutte contre le terrorisme», *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2020.

La Belgique a été condamnée au titre de l'article 3 suite à l'éloignement d'un ressortissant soudanais vers son pays d'origine, expulsion précédée par des actes de coopération aux fins d'authentification entre les autorités des deux États<sup>126</sup>. La Cour a jugé que la Belgique avait violé l'article 3 de la C.E.D.H. à défaut d'avoir analysé les risques d'exposition à des traitements inhumains et dégradants et/ou à la torture, outre l'article 13, l'expulsion ayant privé le requérant du bénéfice du recours qu'il avait formé. La Cour rappelle que la preuve du risque encouru est partagée, ce qui signifie que si le requérant doit rapporter des éléments probants, il incombe au gouvernement de dissiper tout doute quant à ces allégations<sup>127</sup>. En outre, l'évaluation de l'aptitude probatoire du requérant doit tenir compte de la vulnérabilité particulière des migrants. De surcroît, le caractère absolu de l'article 3 impose aux autorités nationales de procéder à une évaluation du risque de leur propre initiative<sup>128</sup>. Enfin, c'est aux autorités nationales d'immigration qu'il appartient de collecter des informations sur la situation générale dans un pays<sup>129</sup>. Dans le cas d'espèce, les circonstances de fait indiquent que le requérant a été privé des garanties procédurales nécessaires pour demander utilement une protection internationale, outre le contexte de méfiance provoqué par les allégations selon lesquelles la Belgique coopérait avec les autorités soudanaises<sup>130</sup>. La Cour ne s'oppose pas en soi à l'organisation de missions d'identification, mais celles-ci doivent se faire dans le respect de l'article 3, en tenant compte du risque encouru et le cas échéant aggravé<sup>131</sup>. Commentant cet arrêt, Marion de Nanteuil salue l'importance significative accordée à la vulnérabilité des migrants irréguliers et des demandeurs d'asile, en particulier s'ils sont placés en détention. Elle pointe également le renforcement des obligations procédurales que les autorités nationales doivent remplir. Elle regrette par contre, « du côté obscur », l'indulgence à l'égard des missions d'identification menées par les services de pays considérés comme des dictatures. Elle analyse ces pratiques à l'aune du principe de *due diligence* qui impose aux États de prendre « toutes les mesures raisonnables pour prévenir ou éviter un risque de violation des droits de l'homme »<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> En septembre 2017, le secrétaire d'État belge à l'Asile et à la Migration avait accueilli à Bruxelles une délégation soudanaise, composée principalement de membres des services secrets soudanais. À la suite de cette procédure, le requérant a été renvoyé à Khartoum. Cour eur. D.H., arrêt *M.A. c. Belgique*, 27 octobre 2020, et les commentaires de M. DE NANTEUIL, « The two faces of the Moon of a decision condemning the 2017 cooperation between Belgium and Sudan », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2020; E. FRASCA, « *M.A. v. Belgium*: the (in)voluntary return of a Sudanese migrant and the dangers of informal migration cooperation with third countries », *Strasbourg Observers*, 3 décembre 2020.

<sup>127</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.A. c. Belgique*, précité, § 81. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, § 129; Cour eur. D.H., arrêt *J.K. e.a. c. Suède*, 23 août 2016, §§ 91-96.

<sup>128</sup> Cour eur. D.H., arrêt *F.G. c. Suède*, 23 mars 2016, § 127.

<sup>129</sup> *Ibid.*, §§ 77-82.

<sup>130</sup> *Ibid.*, §§ 96-107.

<sup>131</sup> *Ibid.*, §§ 106-112.

<sup>132</sup> C. FERSTMAN, « Human Rights Due Diligence Policies Applied to Extraterritorial Cooperation to Prevent "Irregular" Migration: European Union and United Kingdom Support to Libya », *German Law Journal*, 2020, vol. 21, n° 3, pp. 459-486. Les obligations de diligence raisonnable dans le contexte de la

L'arrêt prononcé le 15 avril 2021 concerne cette fois, non un demandeur d'asile, mais une personne reconnue réfugiée<sup>133</sup>. La Cour de Strasbourg condamne la France pour avoir autorisé le retour d'un ressortissant russe d'origine tchéchène à qui elle avait accordé le statut de réfugié, avant de le révoquer pour des motifs de sécurité nationale. L'arrêt souligne que les autorités françaises n'ont pas suffisamment évalué les risques encourus par le requérant en cas d'expulsion compte tenu de sa qualité de réfugié et de son appartenance à un groupe particulièrement ciblé. L'arrêt fait le lien entre la C.E.D.H. et la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Cette dernière contient effectivement des causes d'exclusion du statut de réfugié d'une part à l'égard des personnes dont il y a « des raisons sérieuses de penser » qu'elles ont commis *dans leur pays d'origine*, soit un crime grave de droit commun, soit un crime contre l'humanité ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies<sup>134</sup>. Elles visent à éviter que la protection des réfugiés ne permette aux auteurs de certains crimes graves d'échapper à leur responsabilité pénale. Sont notamment visées les personnes ayant commis des actes de génocide ou de terrorisme avant de se rendre dans un pays tiers et d'y demander une protection internationale. La situation du requérant s'en distingue puisque les faits « indignes » ont été commis en France. Il s'agit d'une autre hypothèse d'exclusion d'un réfugié dont on a « des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays »<sup>135</sup>. Il y a lieu de conjuguer ces textes avec le droit de l'Union européenne, dont la directive « qualification »<sup>136</sup> qui ajoute une cause d'exclusion. Elle prévoit que le statut de réfugié peut être révoqué lorsque la personne bénéficiaire de ce statut représente une menace pour la sécurité de l'État membre d'accueil<sup>137</sup>.

migration ont été, dans une certaine mesure, formalisées au niveau de l'UE. Ainsi, l'Agence des droits fondamentaux de l'UE recommande que « lorsqu'une coopération opérationnelle avec un pays tiers est envisagée et qu'elle peut impliquer l'interception de migrants et/ou leur débarquement dans un pays tiers, les États membres de l'UE devraient procéder à une évaluation minutieuse de la situation des droits de l'homme dans ce pays » (voy. à ce sujet M. DE NANTEUIL, «The two faces of the Moon of a decision condemning the 2017 cooperation between Belgium and Sudan», *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2020).

<sup>133</sup> Cour eur. D.H., arrêt *K.I. c. France*, 15 avril 2021; J.-B. FARCY, «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.

<sup>134</sup> Art. 1<sup>er</sup>, F, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés adoptée le 28 juillet 1951.

<sup>135</sup> Art. 33, § 2, de la Convention de Genève.

<sup>136</sup> Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), *J.O.U.E.*, n° L 337, 20 décembre 2011, pp. 9-26.

<sup>137</sup> Art. 14, § 4, de la directive 2011/95/UE. La grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne a admis cette extension dans un arrêt récent du 14 mai 2019. Elle autorise ainsi les États européens à retirer le statut de réfugié à une personne condamnée pour des faits de terrorisme, comme ce

Ce dispositif légal est-il compatible avec la C.E.D.H., et notamment l'article 3 qui prohibe les traitements inhumains et dégradants? La Cour rappelle que «pour qu'un éloignement forcé envisagé soit contraire à la Convention, la condition nécessaire – et suffisante – est que le risque pour la personne concernée de subir dans le pays de destination des traitements interdits par l'article 3 soit réel et fondé sur des motifs sérieux et avérés, même lorsqu'elle est considérée comme présentant une menace pour la sécurité nationale pour l'État contractant»<sup>138</sup>. L'article 3 contient une protection absolue qui n'admet aucune exception, quel que soit le comportement de son bénéficiaire. Comme le souligne Jean-Baptiste Farcy, «l'interdiction *relative* du refoulement au sein de la Convention de Genève est ainsi complétée par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre une *protection absolue* contre les traitements inhumains et dégradants»<sup>139</sup>. La Cour conclut en l'espèce que les autorités françaises n'ont pas suffisamment veillé au fait que le requérant, malgré la révocation de son *statut* de réfugié, conserve la *qualité* de réfugié. L'effet déclaratif, et non pas constitutif, du statut de réfugié, signifie qu'une personne qui craint avec raison d'être persécutée dans son pays d'origine pour l'un des cinq motifs repris dans la Convention de Genève dispose, de ce seul fait, de la qualité de réfugié. La protection qui s'y attache ne dépend pas d'une reconnaissance formelle consacrée par l'octroi du statut de réfugié. Cela implique une vérification par les autorités nationales de la persistance des craintes qui ont auparavant justifié l'octroi du statut de réfugié. Cela ne signifie pas une immunité face à un éloignement, mais bien qu'il faille mettre en place des garanties procédurales renforcées pour procéder à cette analyse.

Cet arrêt conduit Jean-Baptiste Farcy à dénoncer une fois encore le vide juridique qui découle de la contradiction entre ces textes. Les étrangers «non éloignables» n'en sont pas moins en séjour irrégulier. Leur tolérance *de facto* porte atteinte à leurs droits, mais aussi à l'objectif de protection poursuivi puisque «la sécurité nationale est menacée par l'existence d'individus vivant dans l'ombre du droit, et le dénuement matériel et juridique de la personne étrangère ne facilitera pas sa “réintégration” sociale»<sup>140</sup>.

---

fut le cas dans l'affaire commentée (C.J.U.E., 14 mai 2019, *M. et X.*, X., aff. jtes C-391/16, C-77/17 et C-78/17).

<sup>138</sup> Cour eur. D.H., arrêt *K.I. c. France*, précité, § 119.

<sup>139</sup> J.-B. FARCY, «L'expulsion d'une personne réfugiée à l'aune du pluralisme juridique: entre volonté d'autonomisation et solutions paradoxales», *op. cit.* Voy. aussi J.-B. FARCY, «Sécurité nationale et exclusion du statut de protection internationale: vers une autonomie croissante du droit européen?», *Cahiers de l'EDEM*, juin 2019; Chr. MACQ, «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. dr. h.*, 2020, n° 123, pp. 640-684.

<sup>140</sup> Voy. not. J.-B. FARCY, «Unremovability under the Return directive: An Empty Protection?», in M. Moraru, G. Cornelisse et Ph. De Bruycker (dir.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 437-453.

## D. ... à la protection relative du droit à rester

La protection absolue est complétée par la protection relative de celles et ceux qui ne peuvent pas invoquer un risque en cas de retour ou, à tout le moins, pas un risque atteignant le seuil de gravité requis par l'article 3. L'objection au retour est fondée sur l'existence de liens familiaux et/ou privés tissés dans le pays de résidence. À la différence du droit à ne pas être soumis à la torture ou aux peines et traitements inhumains ou dégradants, le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas absolu. Il est soumis au principe de proportionnalité. Il peut, selon les termes de l'article 8 de la C.E.D.H., faire l'objet d'une « ingérence [...] nécessaire [...] dans une société démocratique ». L'examen des dossiers est soumis au contrôle de proportionnalité. Il conduit à vérifier si l'atteinte au respect de la vie familiale, fondée sur le contrôle de l'immigration, utilise des moyens proportionnels à l'objectif poursuivi et qui ne sont pas démesurément attentatoires au droit protégé<sup>141</sup>. La « face négative » du droit au respect de la vie privée et familiale interdit d'éloigner du territoire un étranger qui y vit déjà avec un membre de sa famille, lui-même national ou étranger en situation régulière puisque cet éloignement pourrait créer une séparation constitutive d'une atteinte disproportionnée à la vie familiale existante.

L'arrêt prononcé le 8 décembre 2020 dans l'affaire *M.M. c. Suisse* illustre cette analyse<sup>142</sup>. La Cour se prononce sur la conformité d'une mesure d'expulsion prise par les autorités suisses à l'égard d'un ressortissant espagnol. Il est né et réside en Suisse depuis sa naissance. Il a été condamné à douze mois d'emprisonnement avec sursis pour des actes à caractère sexuel commis sur mineurs. La Cour estime que les juridictions nationales ont effectué un examen sérieux de la situation personnelle du requérant et des différents intérêts en jeu et conclut à la non-violation de l'article 8. Cette affaire est l'occasion de revenir sur ces jurisprudences dont le caractère aléatoire a souvent interpellé les analystes<sup>143</sup>.

L'arrêt procède à l'étude de la conformité de la décision d'expulsion à l'article 8 de la Convention en suivant son schéma habituel de raisonnement. Y a-t-il ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit protégé par l'article 8 de la Convention ? Cette question n'était pas contestée, en l'espèce. Elle qualifie les attaches du requérant avec la Suisse de liens relevant de la vie privée (plutôt que familiale) dès lors qu'il s'agit d'un adulte de quarante ans, sans enfant<sup>144</sup>. Il

<sup>141</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Nunez c. Norvège*, 28 juin 2011, § 70.

<sup>142</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.M. c. Suisse*, 8 décembre 2020 ; Chr. MACQ et L. DIAGRE, « Quand l'ordre public prime sur le droit à la vie privée d'un étranger à éloigner : l'arrêt *M.M. c. Suisse*, une petite pierre qui élargit et complexifie encore l'édifice », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2021.

<sup>143</sup> Voy. not. Chr. MACQ, « L'ordre public et la sécurité nationale comme instruments de contrôle étatique en matière migratoire », *op. cit.*, pp. 640-684 ; S. SAROLÉA, « Commentaire de l'arrêt [Cour eur. D.H.], 14 septembre 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni* : Éloignement pour motifs d'ordre public : un étranger averti en vaut deux », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017 ; S. SAROLÉA, « L'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* ou le coup de règle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, n° 114, p. 503.

<sup>144</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.M. c. Suisse*, précité, § 45.

s'agit ensuite de vérifier la justification de l'ingérence<sup>145</sup>. L'ingérence est-elle prévue par la loi ? Quel est le but légitime visé ? Ici, sans discussion, « la défense de l'ordre » et la « prévention des infractions pénales. Il faut encore s'assurer de la nécessité de la mesure dans une société démocratique, cette expression fondant l'examen de proportionnalité.

La Cour revient sur sa jurisprudence antérieure selon laquelle si l'intéressé est un adulte sans enfant invoquant au premier chef son intégration dans le pays hôte, il convient de prendre en compte : la nature et la gravité de l'infraction commise, la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé, le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination<sup>146</sup>. L'âge de la commission des faits est pris en compte<sup>147</sup>, de même que des circonstances médicales<sup>148</sup>. Elle souligne que lorsque l'étranger a passé l'intégralité de la vie dans le pays d'accueil, il y a lieu d'avancer des raisons très solides pour justifier son expulsion<sup>149</sup>.

Surtout, la Cour adopte un contrôle de type marginal, soulignant que lorsque les juridictions internes ont soigneusement examiné les faits et appliqué la jurisprudence des organes de la Convention et qu'elles ont dûment mis en balance l'intérêt particulier du requérant et l'intérêt public de la collectivité, il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation du fond de l'affaire à celle des autorités nationales compétentes<sup>150</sup>. En l'espèce, la Cour relève que le droit suisse ne prévoit pas d'automatisme d'expulsion d'étrangers criminels condamnés pour des infractions sans qu'il n'y ait de contrôle judiciaire de la proportionnalité de la mesure. Il en résulte une application *a priori* conforme à la Convention<sup>151</sup>.

L'examen du cas souligne que les infractions ont été commises à l'âge adulte<sup>152</sup> ; la peine prononcée est relativement légère. Toutefois, l'expulsion du requérant du territoire suisse a été ordonnée pour une durée de cinq ans, la sanction minimale<sup>153</sup>. Du côté des liens avec la Suisse, elle note que le requérant a passé l'intégralité de sa vie en Suisse de sorte que de très solides rai-

<sup>145</sup> *Ibid.*, §§ 46-70.

<sup>146</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006 ; Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008 ; Cour eur. D.H., arrêt *Emre c. Suisse*, 11 octobre 2011 ; Cour eur. D.H., arrêt *Saber et Boughassal c. Espagne*, 18 décembre 2018.

<sup>147</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Maslov c. Autriche*, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Saber et Boughassal c. Espagne*, précité.

<sup>148</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Veljkovic-Jukic c. Suisse*, 21 juillet 2020 ; Cour eur. D.H., arrêt *K.A. c. Suisse*, 7 juillet 2020 ; Cour eur. D.H., arrêt *Shala c. Suisse*, 15 novembre 2012.

<sup>149</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.M. c. Suisse*, précité, § 52. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Maslov c. Autriche*, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Saber et Boughassal c. Espagne*, précité.

<sup>150</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni*, 14 septembre 2017 ; Cour eur. D.H., arrêt *Saber et Boughassal c. Espagne*, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Hamesevic c. Danemark*, 7 juillet 2020.

<sup>151</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.M. c. Suisse*, précité, § 54.

<sup>152</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>153</sup> *Ibid.*, § 56.

sons pour justifier l'expulsion sont exigées<sup>154</sup>. Malgré le laps de temps écoulé depuis l'infraction et la bonne conduite du requérant pendant cette période, les juridictions nationales estiment qu'en dépit des efforts fournis le requérant ne disposait pas de perspectives réelles de réinsertion sociale ni de volonté d'intégration en Suisse<sup>155</sup>. En outre, le requérant est majeur, célibataire, n'a pas d'enfant et vit seul, relativement isolé. Enfin, l'intéressé a une certaine connaissance de la langue espagnole et il a en Espagne de la famille éloignée<sup>156</sup>. La Cour conclut que les juridictions nationales ont effectué un examen sérieux de la situation personnelle du requérant et des différents intérêts en jeu.

Commentant cette affaire, Christelle Macq et Jean-Baptiste Farcy posent la question de l'aptitude d'une telle mesure à atteindre l'objectif de sécurité publique poursuivi. La Cour prend pour acquis « que l'expulsion d'un délinquant constitue une mesure susceptible de contribuer à la prévention des infractions pénales ». C'est pourtant loin d'être évident. Certains juges ont exprimé des doutes : « [l]e besoin social impérieux de la défense de l'ordre public ne saurait être invoqué : cette mesure se traduit en une aggravation de la condamnation pénale de M. Boujlifa par rapport à celle des ressortissants français, de sorte qu'elle est discriminatoire. Elle est, par ailleurs, contraire au but de réhabilitation sociale des délinquants »<sup>157</sup>. Christelle Macq relève que « la sanction pénale, jugée suffisante pour protéger la société du national, est considérée comme insuffisante à protéger la société de l'étranger », ce qui conduit à interroger quant à la « nécessité de cette superposition des sanctions administratives et pénales ». Les juges Tulken et Costa avaient relevé, dans l'affaire *Baghli c. France*, à propos de l'éloignement d'un étranger condamné : « en passant un an en prison, n'a-t-il pas suffisamment payé sa dette ? Fallait-il multiplier par dix la durée de l'emprisonnement pour fixer celle du bannissement légal qu'est l'interdiction du territoire ? Nous ne le pensons pas : cela, dans une société démocratique, n'était pas nécessaire ».

## E. Droit à obtenir un titre de séjour pour motifs familiaux

### 1. Les principes

Appuyer l'obtention d'un titre de séjour par une argumentation fondée sur les droits humains n'est pas aisé et est certainement moins défendable que leur invocation pour s'opposer à un éloignement. L'on a vu que la vie privée et familiale pouvait contrebalancer la protection de l'ordre public invoquée pour

<sup>154</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>155</sup> *Ibid.*, §§ 61-62.

<sup>156</sup> *Ibid.*, § 67.

<sup>157</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997. Cette même critique a également été soulevée dans Cour eur. D.H., arrêt *Üner c. Pays-Bas*, précité, par les juges Costa, Zupančič et Türmen, lesquels refusent de reconnaître à ces mesures un caractère préventif.

justifier une expulsion. La protection absolue face aux risques pour la vie, de torture ou de traitements inhumains et dégradants peut elle aussi faire obstacle à un éloignement. Par contre, aucune de ces deux protections « négatives » ne garantit autre chose qu'une immunité d'éloignement. Dans la plupart des cas, l'étranger concerné gardera son titre de séjour à la faveur d'une procédure interne qui annule la décision d'éloignement et le replace ainsi dans la situation qui a précédé. Il arrive cependant que le constat de violation des droits humains intervienne à un niveau supranational ou alors que la décision nationale subsiste tout en faisant l'objet d'une prorogation de délai pour quitter, voire d'une simple tolérance, en manière telle que l'intéressé se retrouve dans une situation de vide juridique.

Ces mêmes droits peuvent-ils fonder un droit à obtenir un titre de séjour ? L'on répond ici à la question en se limitant à celle du regroupement familial<sup>158</sup>.

Le droit au respect de la vie familiale fonde-t-il un droit au regroupement familial pour les familles migrantes ? En d'autres termes, existe-t-il un droit subjectif au regroupement familial ? La réponse à cette question se situe au croisement des trois « ordres » juridiques de référence : l'ordre interne et les deux ordres européens. Cette question est largement discutée en droit international des droits de l'homme, principalement devant la Cour européenne des droits de l'homme. Si la réponse à cette question est claire en droit de l'Union et en droit national, elle l'est moins dans l'interprétation qui est donnée au droit à vivre en famille par la Cour européenne des droits de l'homme. Les deux premiers reconnaissent un droit subjectif de résider sur le territoire, auprès d'un membre de sa famille, et y consacrent des dispositions expresses. Ainsi, le droit de l'Union européenne garantit un droit subjectif au regroupement familial dans les limites prévues par le droit dérivé<sup>159</sup>. L'étranger disposant d'un droit de séjour a le droit d'être rejoint par sa famille, moyennant le respect de conditions strictes. Il en va de même du droit interne qui reconnaît un droit subjectif<sup>160</sup> : une fois les conditions réunies, aucune appréciation en opportunité ne peut intervenir.

Tel n'est pas le cas de la C.E.D.H. qui protège la vie privée et familiale et limite les ingérences qui peuvent y être portées, sans pour autant définir des catégories ou des conditions. Le droit au regroupement familial devient donc moins précis lorsqu'il est évalué au regard de l'article 8 de la C.E.D.H.,

<sup>158</sup> L'accès au territoire sur la base de l'article 3 de la C.E.D.H. ayant été analysé précédemment.

<sup>159</sup> La Cour de justice a confirmé l'existence d'un droit subjectif. Elle souligne que la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au « regroupement familial » des ressortissants d'États tiers crée, dans le chef de ses bénéficiaires, un droit subjectif au regroupement familial, fût-il clairement délimité et soumis à des conditions. Il s'agit d'une des affirmations liminaires de l'arrêt C.J.U.E., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03, pt 60.7 ; C.J.U.E., 4 mars 2010, *Chakroun*, C-578/08, pt 41.

<sup>160</sup> Même si la Cour de cassation refuse toutefois d'y voir un droit subjectif de l'étranger qui lierait l'administration. La Cour souligne que l'État dispose d'une marge d'appréciation. Ainsi, l'Office des étrangers peut refuser d'octroyer un titre de séjour en cas de danger pour l'ordre public et la sécurité nationale. Il n'y a donc pas de compétence liée qui serait caractérisée par l'absence de tout pouvoir discrétionnaire et d'un quelconque pouvoir d'appréciation (Cass., 18 décembre 2008, R.G. n° C.05.0238.F ; dans le même sens, Cass., 16 janvier 2006, R.G. n° C.05.0057.F).

affirmant que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». L'existence d'un droit subjectif au regroupement signifierait en effet que la possibilité d'une vie familiale dans un autre pays ne devrait pas affecter ce droit. Tel est le cas en droit de l'Union. Ce dernier ne limite pas le regroupement familial en fonction de la possibilité qu'aurait la famille de vivre ensemble dans un pays tiers. La Cour européenne des droits de l'homme intègre cet élément dans son raisonnement. Certains arrêts soulignent que la vie familiale doit être protégée si elle existait déjà avant la migration, non si elle s'est constituée après, car, dans ce dernier cas, le migrant doit assumer son choix de créer une famille transnationale alors qu'il vit à l'étranger<sup>161</sup>. D'autres estiment à l'inverse que, si la vie familiale existait avant la migration, l'étranger a agi en connaissance de cause en migrant et doit en assumer les conséquences, dont la séparation de sa famille<sup>162</sup>.

## 2. Des obstacles insurmontables à l'intérêt supérieur de l'enfant

Un arrêt de grande chambre tempère le critère de la vie familiale possible dans un pays tiers si celle-ci est rendue impossible par des « obstacles insurmontables » : l'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*<sup>163</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme y réconcilie partiellement les deux juges européens. La requérante est une ressortissante surinamaïse entrée aux Pays-Bas avec un visa de tourisme. Elle y est restée après l'expiration de ce dernier. Elle s'est mariée avec un ressortissant néerlandais avec lequel elle a eu trois enfants. Elle introduit plusieurs demandes de séjour, toutes rejetées au motif qu'elle ne détenait plus de visa de séjour temporaire délivré par une représentation des Pays-Bas au Surinam. Elle est placée en rétention aux fins d'éloignement et finalement remise en liberté car elle était enceinte.

La Cour doit décider si elle possède un droit subjectif au regroupement familial alors qu'elle est demeurée en séjour illégal et a développé des liens familiaux dans une telle situation.

La Cour juge qu'un droit subjectif existe lorsqu'il existe des obstacles insurmontables à la vie familiale dans le pays d'origine ou dans un État tiers. Il s'agit d'un rapprochement partiel puisque la directive européenne 2003/86 ne pose nullement une telle condition. Pour comprendre le raisonnement qu'y tient la Cour, il est intéressant de suivre, et partant pour la présente contribution, de rappeler les principes d'interprétation du regroupement familial appliqués

<sup>161</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, précité, § 68. En revanche, lorsqu'il s'agit de réfugiés, la Cour paraît condamner la discrimination fondée sur le moment de l'union (Cour eur. D.H., arrêt *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, précité). Comp. avec le droit de l'Union européenne lorsqu'il s'agit d'un regroupement familial avec un citoyen européen. La Cour de justice de l'Union a considéré, à l'encontre de l'opinion de plusieurs États, que le moment de la constitution du lien familial, avant ou après la migration, était indifférent (C.J.U.E., 25 juillet 2008, *Metock*, C-127/08).

<sup>162</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Gül c. Suisse*, 19 février 1996, §§ 38 et 41 ; voy. l'opinion dissidente en sens contraire des juges Martens et Russo, § 13.

<sup>163</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Jeunesse*, précité.

aux cas d'espèce par le moyen d'un raisonnement de proportionnalité. Il s'agit d'abord d'établir l'existence d'une vie familiale. Il faudra ensuite examiner si la mesure adoptée est constitutive d'une ingérence dans cette vie familiale. Si ingérence il y a, dans l'un ou l'autre cas, le raisonnement doit se poursuivre par l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. Il s'agit d'évaluer la légalité de la mesure, la légitimité de l'objectif poursuivi ainsi que l'efficacité et la nécessité du moyen utilisé.

La première étape du raisonnement s'interroge sur l'existence même d'une ingérence. En soi, une mesure d'éloignement du territoire est généralement considérée comme une ingérence dans la vie familiale. Il y a là un acte qui questionne l'obligation négative de l'État de ne pas interférer dans la vie familiale. En revanche, l'approche est plus nuancée lorsque l'État refuse l'accès au territoire ou le séjour qui permettraient de réunir la famille. Dans ce cas, l'État s'abstient d'agir et, par là, refuse une obligation qui serait positive. Les États s'opposent à la conception selon laquelle une abstention (de permettre l'accès au territoire ou le séjour) est susceptible de constituer une ingérence, de sorte que cette question reste discutée dans la jurisprudence. Les décisions présentées ci-dessous illustrent ce débat.

Tout refus d'accès au séjour sur la base du regroupement familial n'est pas en soi une ingérence dans la vie familiale. Il le devient si la famille se trouve dans l'impossibilité d'être réunie sans cet accès. La jurisprudence rappelle de manière constante que « l'article 8 n'emporte pas une obligation générale pour un État de respecter le choix par des immigrants de leur pays de résidence et d'autoriser le regroupement familial sur le territoire de ce pays »<sup>164</sup>. La souveraineté de l'État est cependant limitée, mais « à la marge ». La Cour poursuit dans l'énoncé des principes directeurs en soulignant que « dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue des obligations pour l'État d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général »<sup>165</sup>. Pour déterminer s'il y a effectivement entrave à la vie familiale, plusieurs facteurs interviennent, dont « l'étendue des liens que les personnes concernées ont avec l'État contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine d'une ou plusieurs des personnes concernées et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion »<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, précité, § 68.

<sup>165</sup> Voy. par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Gül c. Suisse*, précité, § 38; Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Jeunesse*, précité, § 107.

<sup>166</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Gül c. Suisse*, précité, § 38; Cour eur. D.H., décision *Solomon c. Pays-Bas*, 5 septembre 2000.

Outre ces facteurs qui sont placés dans la balance, l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet de dégager deux hypothèses d'ingérence que l'on peut classer en deux catégories : premièrement, lorsqu'un droit subjectif est reconnu par le droit interne, notamment sur la base du droit de l'Union<sup>167</sup> ; deuxièmement lorsque la mesure ne respecte pas un juste équilibre, soit parce que la vie familiale n'est pas possible dans un pays tiers ou y serait particulièrement difficile, soit parce que l'intérêt supérieur d'un ou de plusieurs enfants mineurs serait en cause.

En cela, on peut constater que, déjà au stade de l'examen de l'existence ou non d'une ingérence, la Cour introduit une forme d'examen de la proportionnalité, en particulier lorsqu'il s'agit d'autoriser l'accès au territoire ou au séjour. L'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* prononcé en 2014 par la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme est un arrêt de principe qui fait la synthèse de ces éléments, en les précisant. La Cour rappelle le raisonnement classique face à une disposition telle l'article 8 comportant l'énoncé d'un droit et une possibilité d'ingérence<sup>168</sup>.

Elle reconnaît toutefois, avec mesure, un droit subjectif relatif qui doit faire l'objet d'un examen individualisé. Parmi ces éléments d'individualisation, on notera, du point de vue des personnes, les obstacles insurmontables à la réalisation de la vie familiale dans le pays d'origine, le moment du début de la vie familiale et l'intérêt supérieur des enfants. De l'autre côté de la balance, du point de vue de l'intérêt général, la Cour retient les considérations d'ordre public.

L'arrêt *Jeunesse* assouplit les critères précédemment dégagés par la jurisprudence strasbourgeoise. Il rappelle que « [l]es facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'État contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné »<sup>169</sup>. Tout en reprenant la formulation précédemment utilisée dans ses

<sup>167</sup> L'arrêt *Jeunesse* concerne un regroupement familial auprès d'un sédentaire, non soumis au droit de l'Union. Si la Cour admet que le droit de l'Union européenne ne s'applique pas au regroupement familial avec un national sédentaire, elle souligne que la Cour de justice de l'Union renvoie elle-même au respect des droits fondamentaux. « La requérante invoque l'arrêt *Ruiz Zambrano* de la Cour de justice de l'Union européenne [...]. À cet égard, la Cour souligne que, aux termes des articles 19 et 32, § 1, de la Convention, elle n'est pas compétente pour appliquer les règles de l'Union européenne ou pour en examiner les violations alléguées, sauf si et dans la mesure où ces violations pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. D'une manière plus générale, il appartient au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne, si nécessaire en conformité avec le droit de l'UE, le rôle de la Cour se bornant à déterminer si les effets de leurs décisions sont compatibles avec la Convention [...]. Dans l'affaire *Dereci* [...], même si elle a conclu que le droit de l'UE n'imposait pas l'obligation d'admettre le ressortissant d'un pays tiers, la Cour de justice a précisé que cette conclusion ne préjugait pas la question de savoir si le droit au respect de la vie familiale faisait obstacle au refus d'un droit de séjour, question qui devait être examinée dans le cadre des dispositions sur la protection des droits fondamentaux » (§§ 110 et 111).

<sup>168</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Jeunesse*, précité, § 107.

<sup>169</sup> *Ibid.*, § 107.

arrêts, la Cour tempère cette exigence en l'interprétant souplesment et en prenant en compte la difficulté de mener une vie familiale à l'étranger. Il semble « ne pas y avoir d'obstacles insurmontables à ce qu'ils s'installent [à l'étranger, mais il] est toutefois probable que la requérante et les membres de sa famille se trouveraient dans une situation plutôt difficile s'ils étaient contraints de recourir à cette solution »<sup>170</sup>.

Ces obstacles insurmontables peuvent se déduire de plusieurs éléments : la qualité de réfugié du regroupant ou, et c'est là le cœur de cet arrêt, l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'impossibilité pour le bénéficiaire de la protection internationale de rentrer vivre dans son pays d'origine, fût-il entre-temps devenu un citoyen de son pays de résidence, est prise en compte par exemple dans *Tiquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas*. La Cour y rejette l'argument de l'État selon lequel la maman avait laissé son enfant dans son pays d'origine « de son plein gré ». La Cour rappelle qu'elle avait quitté une situation de guerre civile en Érythrée pour solliciter l'asile après la mort de son mari<sup>171</sup>. Dans le même sens, l'arrêt prononcé dans *Mubilanzila c. Belgique* relève que « la vie familiale n'a été interrompue qu'en raison de la fuite de l'intéressée de son pays d'origine par crainte sérieuse de persécution au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés »<sup>172</sup>.

Les bénéficiaires de la protection internationale sont d'ailleurs soumis à un régime plus favorable en droit interne, puisqu'ils sont dispensés de respecter les conditions socio-économiques si la demande de regroupement familial est introduite dans l'année à compter de la décision positive prise à l'égard du regroupant.

L'intérêt supérieur des enfants, déjà mentionné dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Jeunesse*, y devient un critère central. Ainsi, « lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur *intérêt supérieur* [...]. Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international [...]. Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la

<sup>170</sup> *Ibid.*, § 117.

<sup>171</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tiquabo-Tekle e.a. c. Pays-Bas*, 1<sup>er</sup> décembre 2005, § 47.

<sup>172</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Mubilanzila c. Belgique*, précité, § 75. Voy. aussi, s'agissant de réfugiés reconnus, Cour eur. D.H., arrêt *Mugenzi c. France*, 10 juillet 2014 ; Cour eur. D.H., arrêt *Tanda-Muzinga c. France*, précité. *Contra*, si la regroupante n'a pas été reconnue réfugiée, même si son mari l'est : Cour eur. D.H., décision *I.A.A. e.a. c. Royaume-Uni*, 31 mars 2016.

commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers»<sup>173</sup>.

Cette approche plus souple qui combine la prise en compte de la présence d'enfants intégrés dans le tissu social du pays de résidence et la difficulté d'une vie familiale dans un pays tiers, plutôt que son impossibilité, était déjà présente dans certains arrêts. Il s'agissait de rechercher le moyen «le plus adéquat» de permettre la vie familiale.

Dans l'affaire *Şen c. Pays-Bas*, les requérants, résidant régulièrement aux Pays-Bas, souhaitaient y être rejoints par leur fille restée en Turquie depuis trois ans. La Cour «prend en considération l'âge des enfants concernés, leur situation dans leur pays d'origine et leur degré de dépendance par rapport à des parents»<sup>174</sup>. Elle conclut à l'existence d'un obstacle majeur au retour de la famille Şen en Turquie. Il semble toutefois que cet arrêt soit plus souple que la jurisprudence habituelle de l'époque, puisque la Cour procède à une mise en balance des intérêts en présence sans exiger la preuve d'une impossibilité de se regrouper à l'étranger. La venue de l'enfant aux Pays-Bas «constituait le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale avec celle-ci d'autant qu'il existait, vu son jeune âge, une exigence particulière de voir favoriser son intégration dans la cellule familiale de ses parents, aptes et disposés à s'occuper d'elle»<sup>175</sup>.

Malgré ces éléments, l'arrêt *Jeunesse* maintient la référence aux considérations d'ordre public et au souci des États de ne pas être contraints à ce qu'ils considèrent comme étant un état (une voie...) de fait. Il convient «de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations

<sup>173</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Jeunesse*, précité, § 109. Dans le même sens, Cour eur. D.H., arrêt *Nunez c. Norvège*, précité, § 84; Cour eur. D.H., arrêt *Mugenzi c. France*, précité, § 45.

<sup>174</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Şen c. Pays-Bas*, 21 décembre 2001, § 37.

<sup>175</sup> *Ibid.*, § 40. Dans le même sens, Cour eur. D.H., arrêt *Tuquabo-Tekle e.a. c. Pays-Bas*, précité, §§ 47-52. *Contra*: Cour eur. D.H., décision *I.A.A. e.a. c. Royaume-Uni*, précitée. S'agissant du refus opposé par les autorités britanniques à l'entrée de cinq enfants sur le territoire du Royaume-Uni pour y être regroupés avec leur mère, la Cour déclare irrecevable le grief fondé sur la violation de l'article 8. La mère avait rejoint son second époux au Royaume-Uni en 2004, laissant les enfants auprès de sa sœur en Somalie. Les enfants déménagèrent ensuite en Éthiopie. Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour souligne que «The domestic courts accepted that it would be in the applicants' best interests to be allowed to join their mother in the United Kingdom. However, while the Court has held that the best interests of the child is a "paramount" consideration, it cannot be a "trump card" which requires the admission of all children who would be better off living in a Contracting State [...]. The present applicants' current situation is certainly "unenviable", as the domestic courts found. However, they are no longer young children (they are currently twenty-one, twenty, nineteen, fourteen and thirteen years old) and the Court has previously rejected cases involving failed applications for family reunification and complaints under Article 8 where the children concerned have in the meantime reached an age where they were presumably not as much in need of care as young children and are increasingly able to fend for themselves [...]. All of the applicants have grown up in the cultural or linguistic environment of their country of origin, and for the last nine years they have lived together as a family unit in Ethiopia with the older children caring for their younger siblings. None of the applicants has ever been to the United Kingdom, and they have not lived together with their mother for more than eleven years» (§ 46).

d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion»<sup>176</sup>. La Cour se montre attentive au souci des États d'éviter que les frontières de l'État aient été forcées : « [L]orsque les autorités se trouvent mises devant le fait accompli, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'éloignement du membre de la famille qui est ressortissant d'un pays tiers peut être jugé incompatible avec les dispositions de l'article 8 »<sup>177</sup>.

Ces éléments étant placés dans la balance, il convient ensuite de rechercher un juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt individuel. Dans *Jeunesse*, la Cour fait pencher la balance du côté des personnes<sup>178</sup>. S'il y a ingérence, elle doit être proportionnelle à l'objectif poursuivi. L'analyse de la proportionnalité dans le cadre des obligations positives de protection de la famille prend en compte l'objectif de l'État qui s'oppose au regroupement familial. Lorsque la Cour conclut à l'existence d'une ingérence, elle procède à l'analyse de sa conformité à l'article 8, § 2, de la C.E.D.H. L'ingérence doit être légale, justifiée et proportionnelle. La légalité de la mesure est généralement fondée sur la loi relative aux étrangers de l'État concerné. Ainsi, pour la Belgique, il suffit que la loi du 15 décembre 1980 prévoie telle possibilité de refus d'accès au territoire, de refus de séjour ou d'éloignement pour que l'ingérence ait un fondement légal<sup>179</sup>.

Moins simple est l'examen de la légitimité de la mesure. Fût-elle prévue par une loi, elle doit être motivée par un objectif légitime, conforme à l'article 8, § 2, de la C.E.D.H. Il advient que, faisant un examen *in concreto*, la jurisprudence, en particulier de la Cour européenne des droits de l'homme, disqualifie les motifs prétendument légitimes avancés par l'État<sup>180</sup>.

Enfin, même si elle est légale et justifiée par un objectif légitime, l'ingérence n'est conforme à l'article 8, § 2, de la C.E.D.H. que si elle est proportionnelle. Cette proportionnalité se mesure *in concreto* au moyen de deux tests. Le premier est le test d'efficacité. La mesure est-elle efficace pour atteindre l'objectif légitime poursuivi? Ceci est rarement évoqué dans la jurisprudence car il paraît clair que le refus d'accès au territoire ou l'éloignement d'un étranger est, pour l'État, une mesure efficace pour sauvegarder son ordre public.

<sup>176</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Jeunesse*, précité, § 107.

<sup>177</sup> *Ibid.*, § 114.

<sup>178</sup> Cette posture de la majorité n'a pas fait l'unanimité : « En substituant à la mise en balance faite par les autorités internes une analyse qui s'appuie lourdement sur le caractère exceptionnel des faits de la cause, la Cour s'éloigne du rôle subsidiaire que lui assigne la Convention, en se laissant peut-être plus guider par l'humanité que par la justice » (opinion dissidente des juges Villiger, Mahoney et Silvis, § 10).

<sup>179</sup> Voy. à ce sujet Chr. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *Rev. dr. étr.*, n° 198, septembre 2018, p. 179.

<sup>180</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988. L'intéressé demande une prorogation de son autorisation de séjour, le gouvernement la refuse pour motif d'ordre public et de gestion de l'immigration. Le requérant estime que ces ingérences ne poursuivent aucun des buts légitimes énumérés à l'article 8, § 2, de la C.E.D.H. La Cour conclut à la présence d'un objectif légitime, mais estime qu'il s'agit de la défense du bien-être économique du pays, plutôt que de la défense de l'ordre public. « Il s'agissait, en raison de la densité de la population, de régulariser le marché du travail » (§ 26).

Le second test est le test de nécessité. La mesure est-elle nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi? Ou encore, formulé selon un test d'interchangeabilité, n'y a-t-il pas une autre mesure qui permettrait d'atteindre l'objectif légitime poursuivi sans porter en l'espèce atteinte au respect de la vie familiale? C'est sur cet examen que se concentre souvent la jurisprudence. Pour réaliser ce test de nécessité, la jurisprudence opère une balance assez classique entre les intérêts collectifs dont l'État assure la défense dans l'exercice de sa souveraineté et les intérêts individuels de la ou des personnes concernées. Il est notamment examiné s'il y a des obstacles insurmontables à l'exercice de la vie familiale dans un autre pays.

S'agissant des relations familiales, un poids important est réservé à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans *Rodrigues c. Pays-Bas*, la Cour devait juger si le refus des Pays-Bas d'octroyer un titre de séjour à la maman d'une enfant dont le papa était un ressortissant hollandais violait l'article 8 de la C.E.D.H. L'hébergement principal de l'enfant avait été confié au papa dès lors que la maman était en séjour irrégulier. Toutefois, dans les faits, l'enfant était élevée par sa maman et par ses grands-parents paternels. La Cour souligne que «s'il ne fait aucun doute qu'un reproche sérieux peut être adressé à la première requérante pour son attitude cavalière à l'égard des règles néerlandaises en matière d'immigration, la présente espèce doit être distinguée d'autres affaires dans lesquelles la Cour a considéré que les personnes concernées ne pouvaient à aucun moment raisonnablement s'attendre à pouvoir continuer leur vie familiale dans le pays hôte»<sup>181</sup>.

La Cour accorde plus de poids à la vie familiale qu'à ces griefs à l'égard de la migrante. Elle souligne les «lourdes conséquences qu'une expulsion aurait sur les responsabilités qui pèsent sur la première requérante en sa qualité de mère, ainsi que sur sa vie familiale» avec l'enfant. La Cour en déduit «qu'il est manifestement dans l'intérêt de cette dernière que sa mère demeure aux Pays-Bas».

Elle procède alors à la mise en balance des intérêts en présence : le bien-être économique du pays d'une part et la vie familiale de l'enfant et de sa maman d'autre part. Effectuant cette analyse de proportionnalité, la Cour juge que «dans les circonstances particulières de l'espèce, le bien-être économique du pays ne l'emporte pas sur les droits découlant pour les requérants de l'article 8, nonobstant le fait que la première requérante résidait illégalement aux Pays-Bas à l'époque de la naissance de [l'enfant]. De fait, en accordant une importance capitale à ce dernier élément, les autorités peuvent être considérées comme ayant fait preuve d'un formalisme excessif»<sup>182</sup>.

<sup>181</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Rodrigues c. Pays-Bas*, 31 janvier 2006, § 43.

<sup>182</sup> *Ibid.*, § 44; dans le même sens, Cour eur. D.H., arrêt *Şen c. Pays-Bas*, précité, § 41; *contra*: Cour eur. D.H., arrêt *Darren Omoregie c. Norvège*, 31 juillet 2008, où il semble que l'intérêt supérieur de l'enfant n'ait pas été invoqué.

Dans l'arrêt *Jeunesse*, la grande chambre confirme le poids déterminant de la présence d'enfants, qui a pour effet de substituer au critère de l'existence d'obstacles insurmontables un critère plus souple de faisabilité. En l'espèce, la Cour estime que les autorités nationales n'ont pas accordé suffisamment de poids à l'intérêt supérieur des enfants. Ainsi, « lorsqu'elles ont examiné la question de savoir s'il y avait des obstacles insurmontables à ce que la requérante et sa famille s'installent au Surinam, les autorités internes ont tenu compte dans une certaine mesure de la situation des enfants [...]. La Cour estime toutefois qu'elles sont restées en deçà de ce que l'on pouvait attendre d'elles à cet égard. Elle rappelle que, pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement »<sup>183</sup>.

La mise en balance des différents éléments, et en particulier l'intérêt des enfants, penche en faveur de la vie familiale. Quant à l'ordre public qui conduit l'État à contrôler l'immigration<sup>184</sup>, la Cour juge « douteux que des considérations générales se rapportant à la politique d'immigration puissent en elles-mêmes être considérées comme un motif suffisant pour refuser à la requérante le droit de résider aux Pays-Bas »<sup>185</sup>.

L'arrêt *Jeunesse* accorde une importance déterminante à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les dossiers de familles sans enfant bénéficient d'une protection moindre, les obstacles insurmontables pouvant plus difficilement être invoqués. Tel est également le cas des dossiers où la vie privée et non la vie familiale est en cause.

### 3. La procédure et, notamment, les délais d'attente

En ce qui concerne les couples, la grande chambre de la Cour de Strasbourg a rendu un arrêt intéressant dans une affaire *M.A. c. Danemark* le 9 juillet 2021<sup>186</sup>. Le Danemark avait durci les règles de regroupement familial pour les bénéficiaires de la protection temporaire. L'arrêt énonce que le délai d'attente de trois ans pour le regroupement familial imposé à un médecin syrien jouissant de ce statut temporaire violait le droit au respect de la vie familiale au titre de

<sup>183</sup> *Ibid.*, § 120.

<sup>184</sup> Comme nous l'avons vu, face à un éloignement motivé par la dangerosité pour l'ordre public, l'article 8 de la C.E.D.H. impose une analyse de proportionnalité mettant en balance la vie familiale en présence et l'existence d'une dangerosité actuelle. Cette analyse exige aussi une motivation soignée de la décision d'éloignement. Cette exigence s'applique tant à la motivation formelle qui doit se référer à des faits avérés qu'à la mise en balance des éléments en présence. Il ne suffit pas de renvoyer aux condamnations pénales. Il convient d'exposer en quoi elles permettent d'établir l'existence d'une « menace réelle, actuelle et suffisamment grave [...] pour l'ordre public ».

<sup>185</sup> *Ibid.*, § 121.

<sup>186</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *M.A. c. Danemark*, 9 juillet 2021.

l'article 8 de la Convention. Tout en jugeant que les limites au regroupement familial relèvent de la marge d'appréciation des États, la Cour juge que le Danemark n'a pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt du requérant à être réuni avec son épouse au Danemark et, d'autre part, l'intérêt de la communauté dans son ensemble à contrôler l'immigration en vue de protéger le bien-être économique du pays et d'assurer l'intégration effective des étrangers. À ce sujet, la Cour souligne aussi que la vie familiale peut être un outil de préservation de la cohésion sociale et d'intégration<sup>187</sup>. Le délai de trois ans, qualifié par la Cour de très long, ne semble pas à lui seul problématique aux yeux de la Cour. Il l'est en ce qu'il se conjugue au fait que la loi sur les étrangers ne permet pas une appréciation individualisée dans le cas d'une famille spécifique, de sorte que ce délai s'applique de manière systématique alors que les époux ne peuvent vivre ensemble en Syrie. La Cour rappelle les exigences procédurales qu'elle impose s'agissant des réfugiés et souligne qu'elles valent pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire<sup>188</sup>. Tout en respectant les choix du législateur et la marge d'appréciation de l'État membre, la Cour attire l'attention sur les difficultés qui peuvent apparaître lors de l'application d'un texte<sup>189</sup>. Ensuite, le juge a un rôle central, notamment pour « exposer des motifs spécifiques à la lumière des circonstances du cas d'espèce, en particulier pour [...] permettre [à la Cour] d'assurer le contrôle européen qui lui est confié. Un raisonnement insuffisant des juridictions internes, sans véritable mise en balance des intérêts en présence, est contraire aux exigences de l'article 8 de la Convention »<sup>190</sup>. À l'inverse, lorsqu'un dossier a été examiné avec soin, à la lumière de la Convention et de sa jurisprudence, « il faut des raisons sérieuses pour que la Cour substitue son avis à celui des juridictions internes »<sup>191</sup>. Ces principes la conduisent à conclure, dans le cas d'espèce, que le processus décisionnel global, législatif et juridictionnel, est apparu trop rigide<sup>192</sup>. Or, « ladite évaluation de l'équilibre équitable devrait faire partie d'un processus décisionnel qui garantit suffisamment la flexibilité, la rapidité et l'efficacité requises pour se conformer au droit du requérant au respect de sa vie familiale en vertu de l'article 8 de la Convention »<sup>193</sup>.

Si cet arrêt aboutit à une condamnation du Danemark, il ne peut être lu comme sanctionnant les restrictions des États au regroupement familial. La

<sup>187</sup> *Ibid.*, § 165.

<sup>188</sup> *Ibid.*, §§ 137-138 et § 146.

<sup>189</sup> *Ibid.*, § 148 : « La manière dont une mesure générale a été appliquée aux faits d'une cause donnée permet toutefois de se rendre compte de ses répercussions pratiques et est donc pertinente pour l'appréciation de sa proportionnalité ».

<sup>190</sup> *Ibid.*, § 149.

<sup>191</sup> *Ibid.* La Cour note au passage au § 150 « que le Protocole n° 15, qui amende la Convention en mettant notamment en avant le principe de subsidiarité et la doctrine de la marge d'appréciation, entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2021 ». C'est aujourd'hui chose faite.

<sup>192</sup> Pour le requérant, le cadre légal et la période d'attente de trois ans ont fonctionné comme une exigence stricte pour lui de supporter une séparation prolongée de son épouse, indépendamment des considérations d'unité familiale à la lumière de la durée probable des obstacles (§§ 192-193).

<sup>193</sup> Cour eur. D.H., arrêt *M.A. c. Danemark*, précité, § 163.

logique d'attente de deux ans, inscrite dans la directive « regroupement familial » s'agissant des étrangers qui ne sont pas réfugiés, n'est pas remise en cause. Les délais d'attente varient fortement d'un pays à l'autre. C'est surtout la rigidité de la règle danoise qui motive l'arrêt. Par contre, la différence de traitement entre les réfugiés, les bénéficiaires de la protection subsidiaire en raison d'une menace individualisée et ceux qui ont fait valoir une menace généralisée n'est pas mise en cause. La Cour a estimé le constat de violation de l'article 8 suffisant et n'a pas examiné séparément le grief fondé sur l'article 8 conjugué à l'article 14.

En résumé, la Cour européenne des droits de l'homme semble donc se concentrer sur la durée attendue du besoin de protection internationale plutôt que sur la qualification de ce besoin comme relevant de la Convention des Nations Unies sur les réfugiés ou de la protection fondée sur les droits de l'homme contre le retour vers un risque sérieux de mauvais traitements. Cette position peut avoir des implications au-delà du cadre statutaire particulier du statut de « protection subsidiaire temporaire » en droit danois.

## F. Régularisation et droits humains

### 1. Les principes

Dernière question analysée : la question de la régularisation des « sans-papiers » au regard du droit international des droits humains. Le sort de « sans-papiers » a été largement débattu ces derniers mois, notamment parce qu'il a été sorti de l'ombre par une nouvelle grève de la faim mettant en lumière les parcours et les conditions de vie de personnes souvent présentes de longue date sur le territoire. Parmi les grévistes figuraient des familles, des travailleurs clandestins, des étrangers qui ont eu un titre de séjour qu'ils ont perdu... Le Covid-19 a fortement fragilisé cette population extrêmement vulnérable, mais aussi l'absurdité d'un système qui exclut de la légalité de nombreux travailleurs, notamment dans des secteurs essentiels<sup>194</sup>.

Avant d'analyser les perspectives sous ce prisme, il convient de souligner quelques points importants tirés du droit de l'Union ou de la jurisprudence interne.

Premièrement, le droit de l'Union ne fonde aucun droit à la régularisation des « sans-papiers », mais demande aux États de se montrer cohérents en adoptant une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers

<sup>194</sup> Sur ce sujet, voy. not. I. HACHEZ, O. NEDERLANDT, L. LOSSEAU, M. HARDT et S. SAROLÉA, « Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité : à quoi sert le droit en temps de Covid? », *op. cit.*, mais aussi, à l'étranger, A. GIL, « Regularisation of migrants' status in Portugal: immigration or public health policy? », *EU Migration Law blog*, 4 octobre 2021 (<https://eumigrationlawblog.eu/regularisation-of-migrants-status-in-portugal-immigration-or-public-health-policy/>).

en séjour irrégulier<sup>195</sup>. Le principe retenu vise à lutter contre la clandestinité. Les États doivent constater l'irrégularité du séjour et, à défaut de régularisation, prendre une décision de retour. Ceci étant, à aucun moment, la directive n'exige des États qu'ils régularisent les étrangers qu'ils n'éloignent pas, même si cette option est expressément envisagée<sup>196</sup>. La même directive 2008/115/CE prévoit des garanties en matière de retour, fondées sur les droits humains, sans toutefois aller au-delà d'obligations négatives<sup>197</sup>.

Deuxièmement, il existe une jurisprudence abondante quant à la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire de l'État en matière de « régularisation », se rapportant principalement en Belgique à la mise en œuvre des articles 9 et 9bis de la loi du 15 décembre 1980. Les décisions des juridictions administratives offrent peu d'informations quant aux critères conduisant l'Office des étrangers à donner une réponse positive ou négative. Le juge exerce un contrôle marginal de légalité et ne peut qu'annuler une décision illégale, sans pouvoir substituer son appréciation à celle de l'autorité. Les décisions portent essentiellement sur le caractère suffisant de la motivation. Toutefois, l'existence même de cette jurisprudence et d'un contrôle de l'action administrative conduit à nuancer le caractère discrétionnaire du pouvoir de l'administration. D'une part, en sanctionnant une motivation insuffisante, le juge contraint l'administration à se justifier quant au raisonnement suivi. D'autre part, lorsqu'un étranger invoque un droit fondamental internationalement protégé à l'appui de la demande de séjour qu'il forme, la liberté de l'autorité est restreinte par le respect dû à ce dernier<sup>198</sup>. Il

<sup>195</sup> Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (« directive retour ») : « Les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 à 5 » (art. 6, § 1<sup>er</sup>).

<sup>196</sup> Art. 6, § 4, de la directive retour : « À tout moment, les États membres peuvent décider d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour pour des motifs charitables, humanitaires ou autres à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Dans ce cas, aucune décision de retour n'est prise. Si une décision de retour a déjà été prise, elle est annulée ou suspendue pour la durée de validité du titre de séjour ou d'une autre autorisation conférant un droit de séjour ». Dans la jurisprudence, voy. C.J.U.E., 5 juin 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU : « Un État membre ne peut être obligé de délivrer un titre de séjour autonome à un ressortissant d'un pays tiers n'étant pas en possession de documents d'identité et n'ayant pas obtenu de tels documents de son pays d'origine, après qu'un juge national a libéré ce ressortissant au motif qu'il n'existerait plus de perspective raisonnable d'éloignement. Toutefois, cet État membre doit, dans un tel cas, délivrer audit ressortissant une confirmation écrite de sa situation » (pt 89). Voy. aussi C.J.U.E., 23 avril 2015, *Zaizoune*, C-38/14, pt 37.

<sup>197</sup> Ainsi, transposée en droit belge, la loi impose la prise en compte de « l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, et de l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné » lors de l'éloignement (art. 74/13 de la loi du 15 décembre 1980) et que « l'éloignement [soit] reporté temporairement si la décision de reconduite ou d'éloignement aux frontières du territoire expose le ressortissant de pays tiers à une violation du principe de non-refoulement » (art. 74/17).

<sup>198</sup> La Cour constitutionnelle a elle aussi souligné que l'article 9bis doit être appliqué à la lumière des articles 3 et 8 de la C.E.D.H. Elle a rejeté un recours en annulation de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, tel que réformé en 2006. Il était invoqué que le défaut de critères faisant référence aux articles 3 et 8 de la C.E.D.H. avait comme conséquences que la compétence du ministre est en grande partie discrétionnaire et incidemment que le juge ne peut exercer qu'un contrôle marginal de sa mise en œuvre. La Cour

arrive qu'aucun droit subjectif ne puisse être déduit du droit belge ou européen, mais qu'il puisse s'appuyer sur la Convention européenne des droits de l'homme. La marge de manœuvre de l'État subsiste, mais est alors réduite de deux manières. D'un côté, l'État doit satisfaire à ces exigences. D'autre part, il doit motiver sa décision de manière adéquate au regard de celles-ci. Une argumentation fondée sur l'article 8 de la C.E.D.H. implique, de la part de l'autorité, le respect d'une règle de fond, mais aussi de forme, renforçant l'obligation de motivation.

Il est évident que des liens familiaux ne pouvant permettre un regroupement familial devront être pris en compte dans le cadre du traitement d'une demande d'autorisation de séjour pour laquelle les autorités ont un pouvoir discrétionnaire que la vie familiale réduit. L'exemple de la *kafala* est intéressant à ce titre. Tant la Cour de justice de l'Union européenne<sup>199</sup> que le Comité des droits de l'enfant<sup>200</sup> imposent que les liens familiaux qu'elle crée soient pris en considération. Ce dernier souligne que si l'article 10 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant n'oblige pas à reconnaître de manière générale le droit de réunification familiale aux enfants pris en charge en régime de *kafala*, l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant doivent intégrer les liens *de facto* existants. Le Comité rappelle que «le terme "famille" doit s'interpréter au sens large en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale (art. 5)»<sup>201</sup>. Le Comité conclut que «tenant compte du fait que les liens familiaux établis *de facto* dans le cas d'espèce n'ont pas été pris en considération, et du fait que le laps de temps écoulé dès la présentation de la demande de visa par les auteurs a dépassé les 7 ans, [...] l'État partie n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe de traiter la demande des auteurs, qui équivaut à une demande de réunification familiale, dans un esprit positif, avec humanité et diligence, en veillant à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de consé-

---

reçoit que la disposition attaquée ne définit pas les «circonstances exceptionnelles», ce dont il découle que le ministre ou son délégué dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Selon la Cour, toutefois, «ce pouvoir discrétionnaire ne peut [...] être interprété en ce sens que sans référence expresse au nécessaire respect des droits fondamentaux conventionnels, il autoriserait le ministre ou son délégué à violer les articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de sorte qu'une catégorie d'étrangers serait privée du bénéfice des droits qui sont garantis par ces dispositions conventionnelles. En ce qu'elle exige un examen méticuleux de chaque demande, la disposition attaquée offre la possibilité d'examiner individuellement chaque demande, sur la base d'éléments concrets, à la lumière notamment de ces dispositions conventionnelles». Le moyen n'est infondé que sous réserve de cette interprétation (C.C., 26 juin 2008, arrêt n° 95/2008, B.6).

<sup>199</sup> La directive européenne relative à la circulation des citoyens et des membres de leur famille ne l'envisage pas. Si certains États européens, comme la France, l'ont intégré parmi les liens familiaux pris en compte dans le cadre du regroupement familial, ce n'est pas le cas de la Belgique, où les familles doivent dès lors introduire une demande dite humanitaire.

<sup>200</sup> C.D.E., *Y.B. et N.S. c. Belgique*, 27 septembre 2018, comm. n° 12/2017.

<sup>201</sup> *Ibid.*, § 8.11.

quences fâcheuses pour les auteurs et les membres de leur famille»<sup>202</sup>. De son côté, La Cour de justice a refusé de voir dans la *kafala* un lien de filiation au sens de la directive «regroupement familial», lien qui ferait de l'enfant le descendant du citoyen européen. Toutefois, poursuit-elle, l'État membre doit apprécier la situation au cas par cas et favoriser l'entrée et le séjour, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>203</sup>.

## 2. La protection des liens sociaux, via le droit au respect de la vie privée... des minorités

Outre la vie familiale, l'article 8 protège la vie privée, interprétée en dehors du contexte migratoire comme ciblant les liens sociaux, tant dans le contexte professionnel que personnel. Est-il possible d'appliquer cette protection aux attaches non familiales nouées dans un pays de résidence ? À ce jour, la jurisprudence en ce sens demeure marginale, visant notamment l'hypothèse de résidents de naissance, en situation administrative précaire consécutivement à un démantèlement territorial. Ainsi, la Cour de Strasbourg s'est-elle intéressée aux russophones des pays baltes ou encore, dans l'affaire *Hoti c. Croatie*<sup>204</sup>, à des minorités linguistiques ou nationales. Avec prudence, la Cour souligne que «ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne sauraient être interprétés comme garantissant, en tant que tel, le droit à l'octroi d'un type particulier de titre de séjour, dès lors qu'une solution proposée par les autorités permet à l'intéressé d'exercer sans obstacle son droit au respect de sa vie privée et/ou familiale»<sup>205</sup>. Elle précise que «si un titre de séjour permet à son titulaire de résider sur le territoire du pays d'accueil et d'y exercer librement le droit au respect de sa vie privée et familiale, l'octroi d'un tel titre représente en principe une mesure suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 8». La Cour indique qu'il ne lui appartient pas d'aller au-delà en optant pour un statut plutôt qu'un autre<sup>206</sup>.

Au-delà de ces réserves, la Cour insiste néanmoins sur le fait que les modalités du droit de séjour ne peuvent pas «entraîner une violation de l'article 8 de la Convention si elles créent des répercussions disproportionnées sur la vie privée ou familiale, ou les deux, des individus concernés»<sup>207</sup>. Elle ajoute que l'article 8 comporte un volet positif imposant que les personnes concernées doivent pouvoir jouir de manière effective de la vie privée et/ou familiale du requérant, tant sur le plan matériel que procédural. En l'espèce, il fallait au moins que la procédure nationale permette «une procédure ou une combi-

<sup>202</sup> *Ibid.*, § 8.12.

<sup>203</sup> C.J.U.E., 26 mars 2019, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, C-129/18.

<sup>204</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Hoti c. Croatie*, 26 juillet 2018.

<sup>205</sup> *Ibid.*, § 21, rappelant les jurisprudences *Aristimuño Mendizabal c. France*, 17 janvier 2006, § 66, 17 janvier 2006, et *B.A.C. c. Grèce*, 13 octobre 2016, § 35.

<sup>206</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Ramadan c. Malte*, 21 juin 2016, § 91.

<sup>207</sup> *Ibid.*, § 121.

raison de procédures efficaces et accessibles permettant au requérant de faire trancher les questions de la poursuite de son séjour et de son statut en Croatie en tenant dûment compte des intérêts de sa vie privée»<sup>208</sup>.

En l'espèce, la Cour relève que le requérant, apatride, était sans emploi, son statut de séjour entravant l'accès au marché du travail, et sans couverture sociale suffisante, alors qu'il vivait en Croatie depuis près de quarante ans sans avoir de lien formel ou *de facto* avec un autre pays.

Les formalités administratives imposées au requérant et la procédure de prolongation du séjour temporaire du requérant pour des raisons humanitaires semblaient purement discrétionnaires et manquaient de cohérence. Cela a permis à la Cour de conclure à la violation de l'article 8.

Dans l'affaire *Kuric c. Slovénie*<sup>209</sup>, la grande chambre analyse l'« effacement » de ressortissants de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie (ex-RFSY) vivant en Slovénie, les privant de toute une série de droits sociaux et politiques : « [l]e vide juridique laissé par les lois a privé les requérants du statut juridique qui leur avait donné auparavant accès à tout un éventail de droits »<sup>210</sup>. La Cour jugera que la Slovénie « aurait dû régulariser le statut de résident des ressortissants de l'ex-RSFY afin d'éviter que la non-acquisition de la nationalité slovène ne porte atteinte de façon disproportionnée aux droits des "personnes effacées" découlant de l'article 8. L'absence de pareille régularisation et l'impossibilité prolongée pour les requérants d'obtenir des permis de séjour valables ont rompu le juste équilibre que l'État devait ménager entre le but légitime que constituait la protection de la sécurité nationale et le respect effectif de la vie privée et/ou familiale des requérants »<sup>211</sup>.

### 3. La protection des liens sociaux, via le droit au respect de la vie privée... des mineurs

Au-delà de ces situations spécifiques, la jurisprudence offre peu de perspectives à des majeurs souhaitant invoquer des liens de longue durée, sauf à s'appuyer sur les décisions étudiées ci-avant quant aux attaches faisant obstacle à l'éloignement d'un étranger en séjour légal. Un arrêt récent semble ouvrir une porte s'agissant d'un mineur qui est resté ignorant de son statut pendant des années. Ses enseignements pourraient inspirer une argumentation en faveur de familles en séjour illégal avec enfants mineurs, les enfants ne pouvant être jugés responsables des choix posés par leurs auteurs. On peut lire que, sur ce point, la Cour de Strasbourg pose d'emblée des limites. L'arrêt *Pormes c. Pays-Bas*<sup>212</sup> concerne un jeune homme né en Indonésie en 1987. Il est orphelin de mère et

<sup>208</sup> *Ibid.*, §§ 123 et 124.

<sup>209</sup> Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Kuric c.a. c. Slovénie*, 26 juin 2021.

<sup>210</sup> *Ibid.*, § 355.

<sup>211</sup> *Ibid.*, § 359.

<sup>212</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Pormes c. Pays-Bas*, 28 juillet 2020.

puis de père et reste vivre chez un oncle<sup>213</sup>. Il y grandit avec ses quatre cousins et poursuit sa scolarité aux Pays-Bas. Alors qu'il a 17 ans, il est suspecté d'avoir commis une agression. Une transaction intervient impliquant des heures de travail communautaire. La même année, le requérant doit produire un certificat d'enregistrement et découvre qu'il n'a pas de titre de séjour. Cela le perturbe au point qu'il commet plusieurs délits pour lesquels il est condamné. Il introduit une demande de séjour temporaire sur la base du regroupement familial élargi avec ses parents adoptifs. Face au rejet de cette requête, il utilise les voies de recours internes et accepte finalement de quitter les Pays-Bas pour l'Indonésie, avec l'assistance de l'Organisation Internationale des Migrations.

Une procédure est introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 8. L'existence d'une vie privée du requérant aux Pays-Bas n'est pas contestée. Il y a vécu de ses 4 ans à ses 29 ans, parle couramment le néerlandais et a suivi toute sa formation aux Pays-Bas<sup>214</sup>.

Après avoir rappelé les principes généraux sur lesquels repose sa jurisprudence en matière migratoire, la Cour rappelle qu'il faut des raisons sérieuses pour justifier une expulsion d'étrangers établis. Par contre, la situation d'un étranger qui cherche à obtenir un titre de séjour, même après plusieurs années de résidence, n'est pas identique à celle d'un étranger que l'on envisage d'éloigner. Les critères ne peuvent être transposés automatiquement puisqu'il s'agit ici de s'interroger quant à l'existence d'une obligation positive d'autoriser la vie privée sur le territoire du pays concerné, en l'occurrence les Pays-Bas<sup>215</sup>. La Cour poursuit en indiquant que, tant dans le contexte des obligations négatives que positives, l'État doit assurer un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et ceux de la communauté, recherche dans le cadre de laquelle l'État jouit d'une « certaine marge d'appréciation »<sup>216</sup>. En outre, la Cour souligne ensuite que l'article 8 n'impose pas aux États une obligation générale de permettre aux étrangers de choisir le pays de leur résidence et d'y autoriser la réunion de la famille. Cette obligation est fonction de nombreuses circonstances, de l'intérêt propre à la personne concernée ainsi que de l'intérêt général<sup>217</sup>. S'agissant de

<sup>213</sup> Sa mère était Indonésienne et est décédée lorsqu'il avait 4 ans. Il arrive aux Pays-Bas trois mois après le décès de cette dernière, muni de son passeport national revêtu d'un visa touristique. Il voyage avec son père présumé, qui est un citoyen néerlandais. Ce dernier fait de fréquents allers-retours entre l'Indonésie et les Pays-Bas, laissant l'enfant aux soins d'un oncle et d'une tante paternels, tous les deux citoyens des Pays-Bas. Le père est décédé en 1999 alors que l'enfant a 12 ans. Il continue alors à vivre avec son oncle et sa tante, qu'il considère comme ses parents adoptifs.

<sup>214</sup> *Ibid.*, §§ 49 et 50. Il pourrait de même y avoir vie familiale au sens de l'arrêt *Maslov* qui cible les jeunes adultes qui vivent toujours avec leurs parents et n'ont pas encore fondé leur propre famille. En l'espèce, le requérant n'a plus vécu à temps plein avec ses parents adoptifs depuis 2011. Ceci étant dit, la Cour note qu'il n'est pas nécessaire de trancher de manière définitive cette question puisqu'il y a bien vie privée et que les facteurs à prendre en compte sont identiques qu'il y ait vie privée ou vie familiale. La Cour souligne que, eu égard aux circonstances particulières du dossier, elle l'analyse plutôt sous l'angle de la vie privée, qui lui paraît plus appropriée.

<sup>215</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>216</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>217</sup> *Ibid.*, § 55.

l'obligation positive, la Cour mentionne que parmi ces facteurs, figure la question de savoir dans quelle mesure la vie familiale serait effectivement rompue, l'intensité des liens dans le pays d'accueil, s'il y a des obstacles insurmontables à la vie familiale dans le pays d'origine et s'il y a des facteurs relatifs au contrôle de l'immigration ou des considérations d'ordre public justifiant une exclusion<sup>218</sup>.

Un autre facteur est la conscience ou non qu'avait la personne qu'elle était en situation illégale au moment où elle constituait une vie familiale, distinguant ainsi entre un étranger cherchant à entrer dans un pays pour y construire une nouvelle vie familiale et celui qui souhaite rester dans un pays où il avait déjà mené une vie familiale.

En outre, la Cour souligne qu'elle admet que des considérations de politique migratoire lourdes militent en faveur d'identifier les enfants au comportement de leurs parents, craignant, dans le cas contraire, que ces derniers exploitent la situation de leurs enfants pour sécuriser leur titre de séjour<sup>219</sup>.

De l'ensemble de ces paragraphes, la Cour déduit qu'il peut y avoir une obligation positive d'admettre un étranger en séjour illégal sur le territoire. Des facteurs sont apparus dans des affaires où il y avait une vie familiale. Elle estime que des considérations identiques s'appliquent lorsqu'il s'agit non de vie familiale, mais de liens sociaux constitutifs d'une vie privée. Là aussi, il y a lieu de prendre en compte les circonstances individuelles et l'intérêt général lorsque l'étranger, qui a établi une vie privée, était conscient de son statut migratoire et du fait que la poursuite de sa vie sur le territoire de ce pays était incertaine. Un refus de l'admettre ne violera l'article 8 que dans des circonstances exceptionnelles.

L'application de ces principes dans le cas d'espèce conduit la Cour à raisonner comme suit. Le requérant a passé presque toute son enfance et sa jeunesse aux Pays-Bas. Il n'a quasiment jamais séjourné en séjour légal, de sorte qu'il ne se trouve pas sous l'application de la jurisprudence applicable aux étrangers établis. Les autorités ne doivent pas prouver des raisons sérieuses pour justifier l'octroi d'un titre de séjour comme elles devraient le faire s'il s'agissait d'une expulsion<sup>220</sup>. Le standard n'est pas non plus de constater la violation sous l'angle de l'article 8 uniquement s'il y a des circonstances exceptionnelles, ce standard visant les personnes qui avaient conscience de l'illégalité de leur statut dès l'entame de leur vie sur le territoire d'un pays. Ce n'est pas le cas du requérant qui n'était pas conscient que des procédures de régularisation étaient en cours. Le jeune âge du requérant lors de son arrivée sur le territoire ne peut être retenu contre lui. Il ne peut être identifié aux omissions de ses parents adoptifs de lui avoir assuré un titre de séjour dès lors que, eux, sont des citoyens hollandais, de sorte que leur permis de séjour n'est pas dépendant de l'octroi d'un titre

<sup>218</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>219</sup> *Ibid.*, § 57; Cour eur. D.H., arrêt *Butte c. Norvège*, 4 décembre 2012, § 79.

<sup>220</sup> *Ibid.*, § 59.

de séjour au requérant<sup>221</sup>. Le requérant n'est ni un étranger établi ni un étranger qui était conscient de la précarité de son statut. Le standard se situe entre l'exigence de « raisons très sérieuses » pour expulser et un contrôle marginal au terme duquel il n'y aurait violation de l'article 8 que dans des circonstances exceptionnelles. Le standard à appliquer se situe entre les deux. La Cour indique que « l'évaluation doit être effectuée à partir d'un point de départ neutre, en tenant compte des circonstances spécifiques au demandeur »<sup>222</sup>. En outre, ses liens avec l'Indonésie sont très faibles même s'il a la nationalité indonésienne. Il n'a en Indonésie ni liens familiaux ni liens sociaux, et ne parle pas l'indonésien<sup>223</sup>. Il est arrivé à un très jeune âge, a des liens étroits dans le pays depuis longtemps. Sur la base de ces seuls facteurs, ses intérêts de résider aux Pays-Bas surpassent des considérations de politique migratoire<sup>224</sup>. Par contre, la Cour estime qu'il n'est pas disproportionné de l'éloigner des Pays-Bas compte tenu de son profil criminel.

L'opinion dissidente du juge Ranzoni, rejointe par le juge Ravarani, se réfère à l'expression de Mark Klaassens<sup>225</sup> « *hybrid obligation case* », qui conduit à juger artificielle la distinction entre les obligations négatives et positives. Elle relève que même si la Cour dit avoir adopté un standard neutre, celui qui aurait dû être appliqué devait être plus proche de celui applicable aux étrangers établis, puisque le requérant a passé sa vie aux Pays-Bas depuis l'âge de 4 ans, certes en séjour illégal, mais sans qu'il en fût informé. La distinction entre sa situation et celle d'un requérant qui aurait eu la nationalité des Pays-Bas est finalement purement accidentelle et le requérant n'en est pas responsable puisqu'elle se déduit du fait que son père n'était pas marié.

## En guise de refus de conclusion

Je ne conclurai pas ce large tour d'horizon, mais j'identifierai un fil rouge. Il est celui de la distance. Distance géographique avec le consulat jugé hors juridictions. Distance administrative avec les sans-papiers, présents, mais privés de l'essentiel de « nos droits » fondamentaux. Distance renforcée aux frontières de plus en plus étanches. Distance fictive lorsque l'on distingue les obligations positives et négatives sur fond de présence autorisée ou interdite. Distance avec la raison aussi lorsque les ordres juridiques internationaux et nationaux entretiennent le paradoxe meurtrier d'un système qui garantit le droit humain de quitter tout pays, y compris le sien, sans l'accompagner du droit corollaire d'entrer dans tout autre pays. Cette distance aussi avec les défis réels auxquels

<sup>221</sup> *Ibid.*, § 60.

<sup>222</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>223</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>224</sup> *Ibid.*, § 64.

<sup>225</sup> M. KLAASSENS, « Between facts and norms: testing compliance with Article 8 ECHR in immigration cases », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, vol. 37, n° 2, p. 164.

doivent faire face les demandeurs de protection internationale qui ne peuvent qu'atteindre le sol européen en risquant leur vie en mer ou en utilisant l'effet de masse ou la force qui leur est aussitôt reprochée. Distance morale avec ceux que parfois la loi ne veut pas voir. Distance absurde d'un droit construit sur la souveraineté là où, naturellement, plus d'un État sont toujours concernés.

Pourtant, la dialectique des droits humains est avant tout une démarche de synthèse, de lien que ce soit par leur aspiration à une forme d'universalité que par la rencontre entre les points de vue mis en balance dans le cadre de l'analyse de proportionnalité qu'il suppose. Les droits humains relèvent d'un processus d'inclusion et non d'exclusion. Or, beaucoup des décisions commentées sont marquées par la tentation d'ajouter une barrière aux frontières. Si les droits humains échouent à protéger ceux qui courent le plus le risque d'être privés de leur garantie, ils manquent une large part de leur essence. Si être intégré sans contestation à un État, à un territoire conditionne la protection au titre des droits humains, il y a un risque de négation du « droit d'avoir des droits », cher à Hannah Arendt<sup>226</sup>. Elle avait montré l'importance, face à la perte d'autorité des lois de la nature et de la religion, de l'appartenance à la nation comme seule source de droits. Hannah Arendt anticipait le reproche que l'on peut adresser à une jurisprudence qui exclut les migrants des protections existantes, soulignant le risque que l'idéologie des droits de l'homme rende l'affiliation politique fondamentale, plutôt que la défense de droits abstraits.

L'horizon n'est pas tout à fait sombre. Certaines décisions s'inscrivent dans une démarche plus exigeante face aux États, notamment des organes onusiens, souvent plus audacieux. L'on observe aussi des petits sursauts lorsque des enfants sont en jeu, notamment par la veille de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il ne faudrait pas que cette vigilance se limite à celles et ceux que l'on considère comme étant les plus vulnérables par essence.

Réjouissons-nous enfin de l'aiguillon constant de celles et ceux qui questionnent. C'est du terrain que viennent les questions. À vos plumes, à vos claviers, la matière appelle quotidiennement que l'on interroge la souveraineté en rappelant à ceux qui la revendiquent que c'est en son nom qu'ils ont adopté des textes la restreignant.

---

<sup>226</sup> H. ARENDT, *Les Origines du totalitarisme*, suivi de *Eichmann à Jérusalem*, trad. Micheline Pouteau, Anne Guérin *et al.*, Paris, Gallimard, 2002 (1<sup>re</sup> éd. 1951). Voy. aussi et notamment B. Z. S. ZAMBLÉ, « De la protection universelle du droit d'avoir des droits », *Sciences de la société*, Dossier « Mémoires, Histoire et médiations : approches croisées », 2016, n° 99, pp. 138-154, disponible à l'adresse : <https://journals.openedition.org/sds/5650>.