

*Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

*These Commentaries are written by the European Law and Migration team (EDEM), which is part of UCLouvain. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be).*

Le site de l'EDEM existe désormais intégralement en anglais : <https://uclouvain.be/en/research-institutes/juri/cedie/edem.html>. N'hésitez pas à faire circuler les Cahiers, nos actualités et nos publications à vos relais anglophones. **We are pleased to announce that EDEM is now officially on LinkedIn! To follow us on LinkedIn click [here](#).**

#### A vos agendas !

Au vu des circonstances actuelles, la conférence organisée par l'EDEM et consacrée aux actualités en matière de regroupement familial, prévue le 23 avril 2020, est reportée au **18 septembre 2020**. Après [une première conférence \(qui a eu lieu le 20 février\)](#) axée sur la composition de la famille migrante et les conditions qui lui sont imposées, [la seconde \(le 18 septembre\)](#) met en avant le processus de circularité qui fragilise la famille migrante. Ces conférences sont l'occasion de faire le point sur les actualités de la jurisprudence nationale et internationale sur ces questions. Une approche pluridisciplinaire offre aussi un autre éclairage sur les familles migrantes.

#### Sommaire

- 1. European Court of Human Rights [GC], decision on Admissibility of 5 may 2020, *M.N. and others v. Belgium*, appl. n° 3599/18 – Humanitarian visa: Does the suspended step of the stork become a hunting permit? Jean-Yves Carlier, Laura Cools, Eleonora Frasca, Francesco Gatta, Sylvie Sarolea.....4**

**ECtHR – Article 1 ECHR – Extraterritorial jurisdiction – Inadmissibility – Humanitarian visa – Article 6 ECHR – Civil rights – Asylum seekers' access to the EU – Access to justice.**

*The European Court of Human Rights declared the case *M.N. and others v. Belgium* inadmissible by excluding that Belgium exercised extraterritorial jurisdiction over a family of Syrians requesting*

CeDIE – Centre Charles de Visscher  
pour le droit international et européen  
EDEM – Equipe droits européens et migrations  
Place Montesquieu, 2  
1348 Louvain-la-Neuve  
Belgique  
[cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be)

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

Équipe :



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

humanitarian visas from the Belgian embassy in Beirut. With its assessment as to jurisdiction, the Court insists upon keeping the status quo of access to asylum procedures.

2. Court of Justice of the European Union, judgment of 2 april 2020, Joined cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257 – Rebel rebel, how could they know? The boundless imagination of Poland, Hungary and the Czech Republic in opposing the relocation mechanism. *Eleonora Frasca, Francesco Luigi Gatta*..... 13

**Relocation – Solidarity – Article 78(3) TFEU – Article 258 TFEU – Maintenance of law and order – Threat to national security – Article 72 TFEU**

*In the case Commission v. Poland, Hungary and the Czech Republic, the Court of Justice of the EU, upholding the actions for failure to fulfill obligations brought by the European Commission, ruled that the defendant States breached EU law by failing to comply with the relocation decisions adopted in 2015 by the Council. The Court rejects the States' argumentation as to the need to safeguard their national order and security, adduced as justification for not relocating asylum seekers, and confirms that solidarity is a legally binding obligation. It also does not accept the alleged existence of malfunctioning and flaws of the relocation mechanism as a valid reason not to cooperate and show solidarity: it is exactly when obstacles and difficulties arise that solidarity and a sincere, genuine spirit of cooperation are most needed.*

3. C. const., 7 mai 2020, n° 58/2020 – Les reconnaissances frauduleuses et la Cour constitutionnelle : une première rupture dans la protection des droits fondamentaux de l'enfant en matière de filiation ? *Anne-Catherine Rasson* .....20

**Cour constitutionnelle – Articles 9 à 11 de la loi du 19 septembre 2017 – Filiation – Reconnaissances frauduleuses – « Bébés papiers » – Intérêt de l'enfant – Balance des droits et intérêts – Droit au respect de la vie privée et familiale – Principe d'égalité et de non-discrimination – Droit d'accès au juge – Pouvoirs de l'officier de l'état civil.**

*La Cour constitutionnelle juge que les articles 9 à 11 de la loi du 19 septembre 2017 relative à la lutte contre les reconnaissances frauduleuses (qui insèrent les articles 330/1 à 330/3 dans le Code civil) ne violent pas les droits fondamentaux invoqués par les requérants sauf s'agissant de l'absence de recours spécifique contre la décision de l'officier de l'état civil. Cet arrêt montre de façon particulièrement éclairante l'ambivalence de la Cour en ce qui concerne le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit pris en considération de manière primordiale dans le contexte des politiques d'immigration et semble marquer une première rupture dans la protection constitutionnelle des droits fondamentaux de l'enfant en matière de filiation.*

4. Cass., 29 avril 2020, n° P.20.0378.F – Une décision de refoulement n'équivaut pas à une décision de détention : la Cour de cassation rappelle la nécessité d'un examen individuel. *Marie Courtoy*.....34

**Mesures privatives de liberté – Étrangers – Refoulement – Automaticité de la détention – Formule stéréotypée – Motivation adéquate.**

*Par arrêt du 29 avril 2020, la Cour de cassation rappelle que la détention d'un étranger en vue de son refoulement ne peut être automatique. La décision visant à maintenir l'étranger aux frontières ne peut se borner à constater que l'étranger s'est vu notifier une décision de refoulement aux frontières. Au contraire, elle doit être motivée, indépendamment des motifs que contiendraient*

*d'autres actes, au rang desquels la décision de refoulement. La motivation dont elle fait l'objet doit de plus rendre compte d'un examen individualisé de la situation de l'étranger et ne peut se résumer à une formule stéréotypée. La Cour précise ainsi l'étendue de l'exigence de motivation qui s'impose aux autorités décisionnaires, l'occasion également de revenir sur l'étendue du contrôle que peuvent exercer les juridictions d'instruction en la matière.*

## 1. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS [GC], DECISION ON ADMISSIBILITY OF 5 MAY 2020, M.N. AND OTHERS V. BELGIUM, APPL. NO. 3599/18

***Humanitarian visa: Does the suspended step of the stork become a hunting permit?***

*Jean-Yves Carlier, Laura Cools, Eleonora Frasca, Francesco Gatta, Sylvie Sarolea*

### A. Facts and Ruling

On 5 May 2020, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (further: ECtHR) issued its long awaited decision in the case of *M.N. and Others against Belgium*. This case deals with the refusal by the Belgian authorities to issue humanitarian visas to a Syrian family, requested at an embassy with the view to reach Belgium in a legal and safe way in order to apply for asylum upon arrival in Belgium.

#### 1. Main facts

On 22 August 2016, a Syrian couple from Aleppo travelled to the Belgian embassy in Beirut (Lebanon) to submit visa applications. The family, including two children, requested limited territorial validity (LTV) visas (commonly named “humanitarian visas”) on the basis of Article 25(1)(a) of the [EU Visa Code](#). According to the latter provision, an EU Member State *shall*, by way of exception, issue an LTV visa when it considers it “necessary on humanitarian grounds, for reasons of national interest or because of international obligations”. The applicants based their claim upon such humanitarian grounds by referring to their situation of absolute emergency, in terms of both security and living conditions, due to the armed conflict in Syria and especially the intensive bombardment of Aleppo. In their application, the family also informed the authorities of their intention to apply for asylum upon their arrival in Belgium. It might be worth noticing here that, in 2015, Belgium had granted refugee status to the vast majority of Syrian asylum-seekers and that the family was in contact with a Belgian family willing to host them. Moreover, according to a [study](#) by the Belgian federal migration agency (Myria), several hundreds of short-stay visas have been issued on humanitarian grounds to Syrian asylum-seekers in 2015 and 2016 until the [CJEU judgement of 7 March 2017](#) (which ruled that Article 25(1)(a) of the EU Visa Code did not apply to humanitarian visas delivered to asylum seekers).

On 13 September 2016, the Belgian Aliens Office refused to grant the visas to the applicants. The office argued that the applicants’ intention to apply for asylum upon arrival excluded them from the scope of this type of visa, which is intended only for persons willing to stay for a short period, having no intention of settling permanently in the state of destination.

The applicants challenged this decision under the extremely urgent procedure before the Aliens Appeals Board (AAB) which, on [7 October 2016](#), referring to the political and security situation in Aleppo and the risk of a violation of Article 3 ECHR, ordered a stay of execution of the refusal decision by the Aliens Office and instructed the Belgian State to take new decision within 48 hours. However, by decision of 10 October 2016, the Aliens Office again refused to issue the requested visas. On [20 October 2016](#), in view of the imminent danger faced by the applicants, the Aliens Appeals Board ordered the State to issue the applicants, within 48 hours, with *laissez-passer* or visa valid for three months. Again, the Belgian authorities refused to issue these visas. The applicants brought proceedings before the civil courts in order to obtain the execution of the AAB decision of 20 October

2016. Although the Tribunal of first instance of Brussels ordered the State to comply with this decision on 25 October 2016, the execution claim was eventually denied by the Brussels Court of Appeal's judgement of 30 June 2017.

Considering that they exhausted all domestic remedies in this long legal battle before Belgian courts, on 10 January 2018, the applicants lodged an [application](#) before the ECtHR on 10 January 2018. They alleged that the refusal to execute the AAB's decision to issue the visas, and thus to provide them with a legal pathway out of the heavily besieged Aleppo, constitutes a violation of Articles 3, 6 and 13 ECHR.

## 2. Decision of the Court

The ECtHR's judgement in *M.N. and others v. Belgium* represents the most recent, yet significant, ruling in an [ongoing conversation](#) on the extraterritorial reach of the ECHR and the territorial delimitation of States' obligations, a debate which is becoming increasingly important in the context of forced migration and the [externalisation of migration and border control](#). In the present case, the ECtHR concluded that the application was not admissible because Belgium had no jurisdiction over the applicants submitting their application at the Belgian embassy in Lebanon. As follows from Article 1 ECHR, the Convention rights only apply to persons who find themselves *within the jurisdiction* of the States Parties to the Convention, the exercise of which is the threshold criterion for the applicability of the ECHR (*Catan and Others v. Moldova and Russia*, §103).

## B. Discussion

After a first section focusing on jurisdiction and the extraterritorial application of the ECHR, a discussion on subsidiarity follows in which the scope of Article 6 (1) ECHR is analysed. The Court decision is then put into the larger context of access to asylum procedures and lack of legal pathways to international protection in Europe. Conclusive remarks on access to justice end this caselaw commentary.

### The extra-territorial reach of the ECHR (Article 1 and 3 ECHR)

As a matter of well-established ECtHR case-law, jurisdiction is "primarily territorial"; meaning that in principle, a State Party only exercises jurisdiction over persons within its territory. In exceptional circumstances however, acts performed or producing effects outside their territories can also constitute an exercise of (extraterritorial) jurisdiction (*Bankovic and Others v. Belgium and Others*, §67; *Al Skeini and Others v. the United Kingdom*, §131). In the present case, the Court first observed that the mere fact that the national authorities took a series of decisions concerning the conditions for entry into Belgian territory is not sufficient to bring the applicants under Belgium's "territorial" jurisdiction. Therefore, the Court assessed whether there were other exceptional circumstances which could lead to the conclusion that Belgium was exercising extraterritorial control over the applicants.

In its previous rulings, the ECtHR interpreted these exceptional circumstances as including, broadly speaking, situations in which a State exercises effective control over an area outside of its own territory (which is most frequently the case in the context of military conflicts, e.g. *Al Skeini*) and/or situations in which State agents exercise (physical) control over a person outside of their territory (e.g. *Öcalan v. Turkey*). In this regard, it is worth noticing that the ECtHR has also recognised that "the

acts of diplomatic and consular agents, who are present on foreign territory [...], may amount to an exercise of jurisdiction when these agents exert authority and control over others” (*Al Skeini*, §134).

However, in deciding on the *M.N. and others v. Belgium* case, the Court concluded that none of these exceptional circumstances applied, *inter alia* because the diplomatic agents never exercised any *de facto* control over the applicants, who freely chose to report themselves to the Belgian Embassy in Beirut and who were free to enter and leave the premises of the Embassy at all times. The Court further specified that the possible exercise of administrative control exercised by Belgium over the premises of its embassy, is not in and by itself sufficient to bring the applicants within Belgium’s jurisdiction. It also rejected any comparison with its caselaw on *non-refoulement*, which concerns aliens who have been found on a State Party’s territory.

In other cases, the ECtHR also ruled that a “jurisdictional link” may be created when a State initiates a criminal investigation outside of its territory (*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*). However, in the present case, the Court has specified that this does not apply to administrative proceedings, initiated by private individuals who have no other connection with the State. *In casu*, submitting a visa application cannot create an exceptional circumstance that would be sufficient to trigger, unilaterally, an extraterritorial jurisdictional link (see also *Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom*). The Court added that:

“to find otherwise would amount to enshrining a near-universal application of the Convention on the basis of the unilateral choices of any individual, irrespective of where in the world they find themselves, and therefore to create an unlimited obligation on the Contracting States to allow entry to an individual who might be at risk of ill-treatment contrary to the Convention outside their jurisdiction” (§123).

Moreover, the Court notes that such an interpretation of States’ jurisdiction:

“would also have the effect of negating the well-established principle of public international law, recognised by the Court, according to which the States Parties [...] have the right to control the entry, residence and expulsion of aliens” (§124).

This final statement is yet another example of what Dembour has referred to as the “human rights reversal” or “*Strasbourg reversal*”, frequently deployed by the Court in migration issues which are likely to interfere with States’ sovereignty. Indeed, in cases concerning migrant applicants, the Court’s reasoning takes as a starting point the principle that States have the right to exclude migrants, whereas in (nearly all) other cases, it starts from the Convention human right at stake. Recent cases such as *ND and NT v. Spain*<sup>1</sup> and *Asady and others v. Slovakia*<sup>2</sup>, are illustrative examples of the Court’s reluctance to provide migrant with protection, at least at the EU borders. However, in this case, it could be argued that the Court’s reticence relates first and foremost to the scope of application of

---

<sup>1</sup> For a commentary see: L. LEBOEUF, « *Interdiction des expulsions collectives et mesures d’expulsions immédiates et systématiques : la Cour européenne des droits de l’homme entre équilibrisme et contorsions* », *Cahiers de l’EDEM*, mars 2020.

<sup>2</sup> For a commentary of this case and a comparison with *ND and NT v. Spain* see : F.L. GATTA, “*Tell me your story, but hurry up because I have to expel you’ – Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT “own culpable conduct” test to collective expulsions*, *Strasbourg Observer*, 6 May 2020.

the ECHR. The very fact that the ECtHR rules on the extent of the Court's own competence before adjudicating on the substance could lead to this conclusion.

As stated above, the *M.N. decision* must be seen in the broader context of States trying to escape responsibility by [externalising their borders and migration control](#), which can be defined as:

“extraterritorial State actions to preventing migrants, including asylum seekers, from entering the legal jurisdictions or territories of destination countries or regions or making them legally inadmissible without individually considering the merits of their protection claims” (See [Frelick et al.](#)).

In most cases, externalisation policies and practices may more or less explicitly seek to prevent the entry of refugees and other migrants into Europe. Through cases like [Hirsi Jamaa and Others v. Italy](#), [M.A. and Others v. Lithuania](#) and the present *M.N. case*, the ECtHR is gradually developing its case-law on the responsibility of States Parties for such actions.

This cannot be analysed separately from the discussion on extraterritorial jurisdiction in (forced) migration matters. The next milestone in the ECtHR's case-law to look out for in this context is the currently pending case of [S.S. and Others v. Italy](#). In this case, the ECtHR is invited to rule on Italy's potential responsibility for “pull-back” operations carried out by the Libyan Coast Guard in coordination with the Italian authorities. Moreno-Lax has now called upon the Court to deploy a [functional concept of jurisdiction](#) in such cases. Thereby, rather than being based upon territorial links, jurisdiction would be grounded in a “sovereign-authority nexus” between the State and the individual in a specific situation. Consequently, jurisdiction would no longer be triggered primarily by territoriality, but by the “exercise of power by a state”.

#### **A matter of subsidiarity? The argument raised by the Belgian Bar Council of French-speaking and German-speaking Lawyers (Articles 6(1) and 13 ECHR)**

The applicants have tried to draw attention to the domestic proceedings, focusing on what happened inside the Belgian administrative and civil courts, rather than in the embassy in Lebanon. In such context, they highlight the subsidiary role of the ECtHR, called to intervene when national authorities have repeatedly failed to ensure the respect of the rights protected by the Convention.

It is primarily the duty of a State to guarantee these rights and this is what has been actually done by the Belgian judicial authorities, who positively acknowledged the risks faced by the applicants and ordered to issue a visa in their favour, in order to allow their entry into the national territory.

But this decision remained un-executed. Accordingly, the applicants requested the ECtHR to declare a violation of Article 6(1) ECHR due to the failure of the Belgian State to enforce the Brussels Court of Appeal's judgment of 7 December 2016, which ordered to execute the decision of the Aliens Appeals Board concerning the issuing of the so-called humanitarian visas. They argued, moreover, that this also amounted to a violation of the right to an effective remedy under the terms of Article 13 ECHR.

The Court framed the issue within the scope of Article 6 alone, thus considering the grievance under Article 13 to be absorbed therein. As Article 6 ECHR applies to “civil rights and obligations”, the ECtHR sought to identify the applicants' rights at stake: the core question concerned the right to have a



judicial decision enforced (§129), but a judicial decision regarding what right exactly? Which is the nature of the right at issue and does Article 6 cover it?

### **A right to entry to territory and Article 6 ECHR: civil vs political rights**

The applicants argued that Belgium violated their «*subjective civil right*» (§133) to benefit from the enforcement of a binding decision, pronounced by the judiciary and vested with a mandatory and immediately enforceable power. They also referred to their right to obtain compensation for the damage resulting from the non-execution of the judgment, as the Brussels Court of Appeal also established specific penalties for non-compliance (*ibid*).

The Belgian Government, by contrast, claimed that such complaint is incompatible *ratione materiae* with Article 6 ECHR as the right invoked by the applicants, even if seemingly a civil right, is actually of a political nature and falls outside the scope of application of that provision. The actual content of the Syrian family's complaint relies on the decision whether to grant a visa and, thereby, the decision to admit them or not into the Belgian territory. What the applicants are actually invoking, in other words, is a political right related to migration control, which is a domain falling outside the scope of Article 6.

In assessing the nature of the right involved, the Grand Chamber first specified that the Belgian authorities had «a discretionary power of assessment in deciding whether or not to issue short-stay visas» (§135). Then, it added that Article 6 may only apply to such discretionary procedure if the advantage or privilege sought by the applicants gives rise to a civil right once obtained (§136).

The Court shared the Government's views on the nature of the right at stake: what is under dispute, in essence, is the admission into the Belgian territory. That is, ultimately, the outcome the applicants were seeking to obtain and that would have resulted from the granting of the visas they requested. Conceived in such terms, this does not entail "a civil right" within the meaning of Article 6 ECHR. In this respect the Grand Chamber clarifies that, in general, «every other decision relating to immigration and the entry, residence and removal of aliens» falls outside the scope of Article 6, as confirmed by «settled case-law » (§137).

By way of example, in the case of *Maaouia v. France*, – which, contrary to *M.N. and Others*, did not concern the entry of an alien into the national territory but his or her right to stay and to appeal against an expulsion order – the Court pointed out that litigation concerning immigration control is outside the scope of Article 6, in so far as it relates to acts that are governed by public law and represent the exercise of public-authority prerogatives. It added that the fact that such acts may have financial or family implications for those concerned could not suffice to bring them within the civil limb of Article 6(1). Similarly, in the case *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, the Court excluded the applicability of Article 6 to extradition proceedings.

In *M.N. and Others*, ultimately, the Grand Chamber looked at the substance of the matter and at the merits of the dispute. What is at stake, essentially, is the decision refusing to issue a visa and, thereby, the non-admission into the national territory. This is a political right and an immigration-related issue, as such not covered by Article 6 ECHR.

**Contextualisation: the lack of a "genuine and effective access to means of legal entry" for asylum seekers**



The ECtHR's decision raises the issue of legal access to international protection in the EU. To conclude its assessment as to jurisdiction, the Court notes that «this conclusion does not prejudice the endeavours made by States Parties to facilitate access to asylum procedures through their embassies and/or consular representation» (§126). This sentence is a key to understand the context behind the case. While in the *ND and NT v. Spain*, the Court referred to border procedures and concluded, after a formalistic assessment, in favour of the existence of such access to Spain (§222), in *M.N. and Others v. Belgium*, without undertaking any assessment, the Court includes a persuasive recommendation (or a positive obligation?) for States Parties to provide for “genuine and effective access to means of legal entry” into their territories.

*Obiter dicta* are particularly common in areas in which the law is developing: it is indisputable that humanitarian visas, both as a discretionary practice and as a tool of protection, have been the bone of contention between guardians of State sovereignty and international protection advocates. As a matter of fact, the issue of humanitarian visas attracted considerable attention from European Institutions (among which it remains a source of major disagreement), Courts (the CJEU as well as national judges), civil society organisations (e.g. the [Humanitarian corridors programme](#)), lawyers, as well as legal doctrine (as witnessed by the breadth and depth of the contributions to the book [Humanitarian Admission to Europe](#), edited by Foblets and Leboeuf). Humanitarian visas are also referred to in the [New York Declaration](#) and the [Global Compact on Refugees](#) which reflect the need to establish and expand legal pathways.

Visa rules in general, and humanitarian visas in particular, lie at the core of a paradox: under international migration law, the human right to leave any country, including one's own, is not accompanied by the corollary right of entering any other country. A metaphor often used by Jean-Yves Carlier, quoting the title of a [movie](#), describes this paradox as the *Suspended Step of the Stork*. Individuals who seek asylum, *de facto*, can only exercise their right once they have set foot in the territory of the State where protection is sought or once they have reached the border (*M.A. and Others v. Lithuania*).

The key issues at stake in *M.N. and Others v. Belgium* lie within this paradox. In the overwhelming majority of cases, migrants are only entitled to exercise their right to asylum when they reached the territory of the protecting State. This explains why many try to reach the European soil by risking their lives at sea (see *S.S. and Others v. Italy*, pending) and why some attempt to enter the European Union by “forcing the system” (§ 201, *ND and NT v. Spain*). That is also why asylum is often referred to as *territorial* as opposed to *extraterritorial* asylum, the latter being strongly disputed as for the scope of application of the principle of *non-refoulement*.

For those who do not embark on dangerous journeys, applying for a humanitarian admission program can be the only safe option. The EU Visa Code regulates the procedures and conditions for third-country nationals' short-term stays in the EU. The “intention to return to the country of origin” appears as one of the conditions, among others, to be met in order to qualify for the issuance of a short-stay visa. The application of an asylum seeker could not logically meet this condition, otherwise the asylum claim would be deprived of its *raison d'être*. By way of exception, Article 25 of the Visa Code provides for visa “issued for humanitarian reasons or by virtue of international obligations”. However, Article 25 has been the object of an intense debate: the lack of further legislation, which

would make explicit the rules of application and its content, has left Member States with a wide margin of discretion over its use.

The European Parliament has proven to be particularly sensitive to the issue and initiated a dialogue with a view to reforming and strengthening the Visa Code (*Humanitarian visas: option or obligation?*) for the benefit of greater legislative coherence by combining the subject of humanitarian visas (access) with that of asylum procedures (*after* access). A first reform of the Visa Code was not successful because of disagreement between the Council and the Parliament on the opportunity to highlight the potential of humanitarian visas as "safe passage" for those in need of international protection. Before the Commission withdrew its proposal in July 2018, the Council launched an *ultimatum* to the European Parliament and suggested to address the humanitarian visa issue "in a joint declaration" *outside* the Visa Code.

In March 2017, the CJEU further made the interpretation of the legal framework more complex with its decision in *X and X*. Widely commented (including in a [previous edition](#) of the *Cahier de l'EDEM*), this Court's decision upheld that the issuing of humanitarian visas to asylum seekers falls outside the scope of the Visa Code and therefore of EU law, including the Charter of Fundamental Rights.

The European Parliament then exercised its right of "pre-initiative" (limited to the possibility to suggest to the Commission to table a legislative proposal) with the adoption of a [December 2018 resolution](#). When the Parliament's legislative impulse is left without follow-up, the Commission must give reasons thereto (Article 225 TFEU). At present, the Commission's reply has not been made public. A [press release](#) from a European Affairs news agency states, however, that "the Commission believes it has already fulfilled its duties in the field of humanitarian visas with the [Proposal on European Resettlement](#)". This proposal, as many others reforming the EU asylum legislation, is currently in a deadlock. Although they look like a developing and promising tool, resettlement efforts remain extremely limited in scope and numbers. The reality is that the European Union lacks a genuine and effective access to means of legal entry for asylum seekers. Few initiatives exist, scattered among Member States, and the ones coordinated at the European level are set-up on a voluntary basis. Although these are unprecedented circumstances, the COVID-19 pandemic has accentuated the volatility and limits of existing means to access asylum. The European Commission itself testifies that the pandemic has had [a disruptive effect](#) on resettlement.

By excluding the applicability of the Convention and declaring the application inadmissible, the ECtHR is consolidating a prudent and yet conservative approach towards the conditions to trigger extraterritorial jurisdiction. This is the same cautious approach displayed by the CJEU in cases related to the external dimension of migration law, a field where European integration is not yet achieved and lacks thematic and institutional unity. While the protection of human rights *within* Europe continues to evolve, the strict interpretation of extraterritorial jurisdiction bars any kind of protection *at the doors of* Europe. However, with its *obiter dictum*, the Court timidly acknowledges the harsh reality of access to asylum procedures and suggests that the responsibility to establish and implement safe access to asylum - *rebus sic stantibus* – lies with States Parties.

Within the European Union legal order, a comprehensive reform of humanitarian visas could overcome the asylum paradox and reconcile the Common European Asylum System with the rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights, as suggested by Advocate General Mengozzi in his

[opinion](#) delivered in the *X and X* case. If the purpose of any human rights system is to protect rights which “are not theoretical or illusory, but real and effective”, one might ask: will the ECtHR go any further, in the near future, and decide to analyse, *in concreto*, the existence and the effectiveness of safe access to asylum procedures in Europe? If so, will the Court conclude otherwise as for the application of the *non-refoulement* principle when protection seekers are gently knocking at Europe’s doors?

### **Conclusion: is access to asylum the same as access to justice?**

While denying access to asylum procedures, the Court also denies access to justice. Justice requires a place where the absolute human rights (e.g. the protection against *refoulement*) could be claimed and guaranteed. However, this place is mainly surrounded by gateways (borders, waterway, fences, airports), some of which are locked to asylum seekers and extremely dangerous (for an in-depth discussion see [Sarolea](#)). The universality and effectiveness of human rights remains under question when asylum seekers are denied access to institutions – in this case, to the Belgian State – which, in principle, should be the corner stone of human rights protection.

### **C. Suggested Reading**

**To read the case :** ECtHR [GC], Decision on admissibility of 5 May 2020, [M.N. and others v. Belgium](#), Appl. no. 3559/18

#### **Case law :**

ECtHR [GC], Judgment of 29 January 2019, [Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey](#), App. no. 36925/07

ECtHR, Judgment of 11 December 2018, [M.A. and Others v. Lithuania](#), Application no. 59793/17.

CJEU [GC], Judgment of 7 March 2017, Case C-638/16 PPU, [X and X v État belge](#), EU:C:2017:173

[Opinion of Advocate General Mengozzi](#), delivered on 7 February 2017, Case C-638/16 PPU, [X and X v État belge](#), EU:C:2017:93

ECtHR, Decision on admissibility of 28 January 2014, [Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom](#), App. no. 11987/11

ECtHR [GC], Judgment of 7 June 2011, [Al Skeini and Others v. the United Kingdom](#) App. no. 55721/07

ECtHR [GC], Judgment of 4 February 2005, [Mamatkulov and Askarov v. Turkey](#), App. no.s 46827/99 and 46951/99

ECtHR [GC], Judgment of 12 December 2001, [Bankovic and Others v. Belgium and Others](#), App. no. 5507/99

ECtHR, Judgment of 5 October 2000, [Maaouia v. France](#), App. no. 39652/98

#### **Doctrine :**

S. SAROLEA, *Is access to asylum the same as access to justice?*, in M.-C. FOBLETS, L. LEBOEUF (Eds.), [Humanitarian Admission to Europe: The Law Between Promises and Constraints](#), Nomos/Hart, Baden-Baden/Oxford, 2020, pp. 115 - 154

E. LENAIN, « *Il était une fois, un visa obligatoire qui n'existait pas. Quand les Cours européennes dansent la polka autour des lacunes du droit* », *La Revue des droits de l'homme*, Vol. 2020, n. 17, pp. 1-13.

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.

F.L. GATTA, « *Legal avenues to access international protection in the European Union: past actions and future perspectives* », *European Journal of Human Rights (JEDH)*, Vol. 2018, n. 3, pp. 163 – 201.

J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, « *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne? À propos de l'affaire X. et X.* », *eumigrationlawblog.eu*, 27 February 2017

S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, « *Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union : X. et X., ou quand le silence est signe de faiblesse* », *Cahiers de l'EDEM*, March 2017

M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

**To cite this contribution:** J.-Y. CARLIER, L. COOLS, E. FRASCA, F. GATTA, S. SAROLEA, Humanitarian visa: does the suspended step of the stork become a hunting permit?, *Cahiers de l'EDEM*, June 2020

## 2. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, JUDGMENT OF 2 APRIL 2020, JOINED CASES C-715/17, C-718/17 AND C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257

*Rebel rebel, how could they know? The boundless imagination of Poland, Hungary and the Czech Republic in opposing the relocation mechanism*

*Eleonora Frasca, Francesco Luigi Gatta*

### A. Facts and Ruling

When Member States are coping with an emergency situation characterised by a sudden influx of third country nationals on their territory, the Court of Justice of the European Union (CJEU) states that “the burdens must, in principle, be divided between all the other Member States, in accordance with the principle of solidarity and fair sharing of responsibility between the Member States, since, in accordance with Article 80 TFEU” (§80 of the judgement hereby analysed). In all the other cases, the Dublin system leaves that burden with frontline Member States, notwithstanding that Article 80 TFEU shall, in principle, govern the Union’s asylum policy in its entirety. There is no secret that the relocation mechanism was a palliative care for the malfunctioning of the Dublin system.

#### 1. Main facts

The facts are well-known: in September 2015, applying Article 78(3) TFEU for the first time since its inclusion in the Lisbon treaty, the Council adopted two decisions ([2015/1523](#) and [2015/1601](#)), thereby setting up an emergency relocation mechanism in support of Greece and Italy, whose asylum systems were suffering from a sharp migratory pressure. Although only established for a two-year period, the mechanism had a binding nature and obliged all the EU Member States to show solidarity and accept to relocate a certain quota of asylum seekers according to given distribution keys (population, total GDP, average number of asylum applications over the five preceding years and unemployment rate).

Since its introduction, this measure has been bitterly contested, both legally and politically, especially by a compact bloc of Member States, commonly named Visegrad Group, ready and willing to start an all-out war with the EU institutions. In particular, Slovakia and Hungary had challenged the legality of Decision 2015/1601, unsuccessfully lodging actions for annulment, which [the Court dismissed](#) in 2017, thereby upholding the validity of the Decision (for an analysis of that judgment, see a [previous edition](#) of the *Cahiers de l'EDEM*). In that occasion, the CJEU confirmed, in essence, the legally binding character of the relocation mechanism established by the Council in 2015 and, therewith, the obligation to show solidarity towards Greece and Italy. The Court’s decision did not solve the issue. To the contrary, it contributed to exacerbate the tension between the EU Institutions and the Visegrad Group, which refused to relocate their quotas of asylum seekers, thereby keeping to violate blatantly EU law.

After having widely (in the long series of [relocation reports](#)) and patiently (until the end of the 24-month implementation period) encouraged these Member States to comply with their relocation obligations, the European Commission launched infringement procedures in the attempt to settle the dispute without going to Court. Given the States’ firm opposition, it finally decided to bring actions for failure to fulfill the relocation obligations against Poland (C-715/17), Hungary (C-719/17)

and the Czech Republic (C-719/17). More specifically, the three countries did not comply with the obligation of pledging the number of applicants who could be relocated from Greece and Italy and did not, subsequently, complete the relocation procedure with the actual transfer of applicants for international protection. Before the Court, the respondent States challenged both the admissibility of the infringement procedures and their substance.

As for the former profile, they essentially argued that the Commission lacked legal interest in bringing an action before the CJEU because of (i) the impossibility to remedy the failure by implementing the relocation mechanism whose validity had already expired; (ii) the breach of the principle of equal treatment, given that actions for failure were only brought against Poland, Hungary and the Czech Republic and not against other Member States which did not fully comply with the relocation decision; (iii) the disrespect of the right of defence during the pre-litigation procedure, due to excessively short deadlines; (iv) the ambiguity and inconsistency of allegations by the Commission as to how precisely EU law had been infringed.

As for the substance, the non-compliance with the relocation decision was mainly justified by the three Visegrad States on the basis of their need to preserve law and order and to safeguard internal security. In short, this argumentation is built upon the invocation of Article 72 TFEU, read in conjunction with Article 4(2) TEU, which would work as a conflict-of-law rule, enabling Member States to disapply secondary – and, thus, lower-ranking – EU legal obligations allegedly incompatible with the preservation of national law, order and security. In other words, this reading of Article 72 TFEU would allow Member States to opt out from EU law (here: the 2015 relocation decisions) whenever the existence of a potential and plausible risk to law, order and security is established. The Czech Republic also alleged, as a further reason for its non-compliance with these obligations, the malfunctioning and ineffectiveness of the relocation mechanism.

## ***2. Decision of the Court: failure to fulfil obligations***

Once rejected all the respondent States' arguments relating to the admissibility of the actions brought by the Commission, the Court declared that they had failed to fulfill their obligations under the relocation decisions.

As to the first procedural aspect, the Court, recalling its case law on the purpose and conditions of Article 258 TFEU, reiterated that such procedure aims at an objective finding that a Member State has infringed EU law and, to that end, it is designed in a way that gives a large opportunity to the concerned Member State to comply with its obligations. Moreover, it is irrelevant that the period of implementation of the relocation decisions had expired and that it was allegedly impossible for the Member States concerned to remedy their failure: the Member States, indeed, cannot take advantage of their own misconduct, thereby evading, for this reason, an infringement procedure (§63).

As to the substance, the Court fully rejected the arguments raised by the Member States on the use of Article 72 TFEU as a general "opt-out" rule. Such provision, indeed, must be interpreted strictly, inasmuch it provides for the possibility to derogate from EU law. Thus, it cannot be invoked by a Member State for the sole purpose of general prevention, abstractly referring to the need to maintain and safeguard law, order and internal security, but "without establishing any direct relationship with

a particular [individual] case, in order to justify suspending the implementation or even ceasing to implement its obligations” under the relocation decisions (§160).

## B. Discussion

With its judgment, the Court confirmed the importance of the principle of individual assessment when it comes to the actual or potential danger that a third country national (in this case: an applicant for international protection) may represent (1). The case also offered an occasion, particularly for the Advocate General Sharpston, to recall the basic tenets of the European legal order, such as the principle of the rule of law, the duty of sincere cooperation and solidarity (2).

### **1. The refusal to relocate an asylum seeker must be grounded on an individualised examination of the risks for the national security and public order**

The three Visegrad States affirmed that they were entitled to make use of Articles 72 TFEU and 4(2) TEU in order to disapply the relocation decisions and avoid the obligations stemming therefrom. The first provision reserves the exclusive competence to Member States for the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security in the context of EU acts adopted in the area of freedom, security and justice (Title V, TFEU); whereas the second establishes that the EU shall respect the essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security.

Given “the risks posed by the possible relocation on their territory of dangerous and extremist persons who might carry out violent acts or acts of a terrorist nature” (§135), the respondent States invoked their duty to protect national security, which they considered to have precedence over the solidarity obligations stemming from the 2015 relocation decisions. They also pointed the finger at the two beneficiary States, Italy and Greece, whose inefficiency and lack of cooperation in the relocation procedure rendered difficult to check and identify the asylum seekers, thereby impeding, in their view, to unmask the dangerous terrorists hidden among them.

The Court refused to consider Article 72 TFEU as a provision that gives Member States a *carte blanche*, thereby allowing them to apply and disapply EU law at their choice, depending on their considerations regarding alleged threats and risks to national order and security. Therefore, the Treaty does not contain “an inherent general exception excluding all measures taken for reasons of law and order or public security from the scope of European Union law” (§143): if that exception existed, without any specific requirements, it would “impair the binding nature of European Union law and its uniform application” (*ibidem*).

While it is true that the mentioned provision recognises the States’ right and duty to protect the internal security, this does not mean that it entails an unlimited power. For the Court, indeed: “the scope of the requirements relating to the maintenance of law and order or national security cannot therefore be determined unilaterally by each Member State, without any control by the institutions of the European Union” (§146).

It is equally true that the 2015 Council decisions provide for the possibility to refuse the relocation of an individual in case reasonable grounds for regarding him as a danger to national security or public order exist (Article 5(7) of both decisions). In so doing, the relocation decisions are indeed coherent with the Member States’ responsibility to safeguard their internal security and order as provided for



under Article 72 TFEU and, at the same time, they are in line with the Common European Asylum System that governs the processing of individual applications for international protection (e.g. Qualification directive, Procedures directive, Reception directive and Returns directive).

With regard to the concept of threat to the public order, the CJEU has been recently called to clarify its interpretation with several decisions. Departing from its previous jurisprudence on the interpretation of the Return directive (*Zh. and O.*, judgement of 11 June 2015, C-554/13)<sup>1</sup>, the Court has made a clear distinction between the interpretation of the notion of threat to public order in cases related to the freedom of movement of European citizens (*GS and VS*, judgement of 12 December 2019, C-381/18 and C-382/18) and in cases related to third country national immigration, both as a ground for refusal to entry and in the context of a short stay for those not subject to visa requirements according to the Schengen Borders Code (*EP*, judgement of 12 December 2019, C-380/18). Despite these differences in interpretation of the concept of threat to public order, the Court requires, in any case, the respect of a minimum standard of protection. According to this caselaw, the Court clarified that, in any case, “the measures taken on grounds of public policy or public security shall comply with the principle of proportionality and shall be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned” (§64 *GS and VS*, recalling, by analogy, judgment of 9 July 2015, *K and A*, C-153/14).

In the judgment on the relocation decisions, the Court acknowledged that the Member States retain wide discretion in establishing if an asylum seeker represents a threat to national security or public order (§158), but it also reaffirmed the principle of individual assessment, in the sense that the provisions relating to the protection of the internal order and security cannot be generally and blindly invoked, without being effectively rooted in the specific situation. While accepting that the danger to national security may also be potential, the Court pointed out that the existence of such threat can only be established following a case-by-case investigation, which must lead to the emergence of “consistent, objective and specific evidence” (§159) of the threat.

This is why, the judges explain, the relocation procedure foresees an initial stage where Member States have the obligation to indicate, on a regular basis, the number of asylum seekers they intend to accept on their territory. In this phase, which is preparatory for the subsequent relocation, the identification and individual assessment of the applicants to be transferred shall take place, so that, if an actual or potential threat to public order or security is found, the relocation of that *specific* individual can be refused. The three Visegrad States, on the contrary, have failed to indicate at regular intervals an appropriate number of asylum seekers to be relocated and have assumed, *in abstracto*, that all of them could inherently represent a risk for their national security.

The Court, ultimately, refused such a generalised and automatic presumption that an applicant for international protection could represent a danger to national security or public order.

## ***2. Rule of law, duty of sincere cooperation and solidarity***

Besides the specific issue relating to the relocation mechanism established in 2015 and the obligations arising therefrom, the dispute between the Commission and the three Visegrad States

---

<sup>1</sup> For a caselaw commentary of the *Zh. and O.* judgement see : P. D’HUART, « C.J.U.E., Z. Zh. et I.O. c. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie, aff. C-554/13, 11 juin 2015 – Le danger pour l’ordre public comme motif de refus d’octroi d’un délai de départ volontaire : un concept à l’autonomie encadrée », *Cahiers de l’EDEM*, juin 2015.

entails a further, broader and, in a sense, deeper problematic question: that of solidarity, sincere cooperation and mutual trust between Member States. In other words, the relocation issue goes beyond the simple distribution of few hundreds of asylum seekers, showing an inner and persistent tension as regards migration governance in the EU.

This is highlighted, in particular, in the [opinion](#) of the Advocate General Sharpston, who indeed attracted the attention to the broader context behind the relocation litigation (§§238–255). She recalled that the principles of the rule of law, the duty of sincere cooperation and solidarity are three important strands of the EU legal order, which are put in jeopardy by the act of “rebellion” of the Visegrad countries.

According to Sharpston, the compliance with one’s own obligation is a pillar of the respect for the rule of law. The persistent, impudent and manifest opposition of Poland, Hungary and the Czech Republic to the relocation mechanism, and their non-compliance with the obligation to show solidarity, constitutes a serious threat to the rule of law in the EU and a denial of the duty to cooperate sincerely. This is further proved, *a contrario*, by the argument, put forward by the three States as a justification for their non-compliance, regarding the supposedly flaws, inefficiencies and practical difficulties of the relocation mechanism. It is exactly in the event of obstacles and complications that a European spirit of cooperation and mutual trust is most needed in order to overcome a difficult situation.

The Visegrad States’ negative attitude towards solidarity and responsibility sharing in the domain of asylum, neatly shown by their non-compliance with the relocation obligations, goes along with their disinterest in participating in the refugee resettlement efforts. Although the distinction between the *compulsory* intra-EU relocation mechanism and the *voluntary* extra-EU [resettlement schemes](#) is recalled by the Advocate General Sharpston in the introduction to her opinion (§§39-40), it must be highlighted that both Hungary and Poland [have not taken part into European resettlement schemes](#), while the Czech Republic has done so very partially, with a quota of only 52 refugees.

One might ask: if ever the resettlement will become a structured, permanent and legally binding mechanism integrated in the EU legal framework (as envisaged in the 2016 proposal on a [Union resettlement scheme](#) put forward by the Juncker Commission), will the Visegrad countries show the same opposition and refuse to comply? In that case, any security-related argumentations would be in bad faith, as taking part in resettlement initiatives actually guarantees an enhanced level of control over security matters: first, given the key-role played by the UNHCR in the preemptive screening and selection of refugees for resettlement from third countries to the EU and, additionally, given the opportunity for the national authorities to conduct interviews by themselves, double-checking the candidates for the resettlement, thus drastically reducing any risk for internal security.

## Conclusion

The judgment of the Court adds another chapter to the long – and, to be honest, rather discouraging – “saga” of the relocation of the asylum seekers in the EU. Five years have passed since the establishment of the relocation mechanism which, despite its undeniable flaws, represents the first concrete manifestation of solidarity of this kind. Yet, the clash between the EU and some of its Member States is still on-going.

Solidarity is an obligation under EU law: this is established in EU primary law and has been clearly confirmed by the CJEU in its 2017 and 2020 judgments on the relocation mechanism. According to Article 80 TFEU, solidarity shall govern borders, asylum and immigration policies. However, the road towards a full and genuine implementation of this principle seems still to be paved with Member States' obstructionism, opposition and pursue of national interests.

The judgment of the Court we have commented here has come in 2020: exactly 70 years before, one of the founding fathers of the European integration process, Robert Schuman, in his famous [declaration](#), affirmed that "Europe will not be made all at once, or according to a single plan. It will be built through concrete achievements which first create a *de facto* solidarity".

It looks like some Member States still need to learn that lesson.

### C. Suggested Reading

**To read the case :** Court of Justice of the European Union, Judgment of 2 April 2020, [Joined Cases C-715/17 Commission v. Poland, C-718/17 Commission v. Hungary and C-719/17 Commission v. Czech Republic](#), ECLI:EU:C:2020:257

#### Case law :

Court of Justice of the European Union [GC], Judgment of 6 September 2017, Joined Cases C-643/15 and C-647/15, [Slovakia and Hungary v. Council](#), ECLI:EU:C:2017:631 1

#### Doctrine :

J. BORNEMANN, « [Coming to terms with relocation: the infringement case against Poland, Hungary and the Czech Republic](#) », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17 April 2020

F. L. GATTA, [Migration and the Rule of \(Human Rights\) Law: Two 'Crises' Looking in the Same](#), *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 15, No. 1, 2019.

J.-Y. CARLIER, F. CRÉPEAU « [De la 'crise' migratoire européenne au Pacte mondial sur les migrations : Exemple d'un mouvement sans droit?](#) », *Annuaire Français de Droit International*, 2018, pp. 461-499.

L. LEBOEUF, « [Relocalisation des demandeurs d'asile. La Cour de justice confrontée à l'identité nationale](#) », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2017.

#### Other materials :

[Opinion of Advocate General Sharpston](#), delivered on 31 October 2019, in Cases C-715/17 *Commission v. Poland*, C-718/17 *Commission v. Hungary* and C-719/17 *Commission v. Czech Republic*, ECLI:EU:C:2019:917

[Opinion of Advocate General Bot](#), delivered on 25 July 2017, in Cases C-643/15 and C-647/15, *Slovakia and Hungary v. Council*, ECLI:EU:C:2017:618

Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his visit to Hungary, 27 April 2020

**To cite this contribution** : E. FRASCA, F.L. GATTA, “Rebel rebel, how could they know? The boundless imagination of Poland, Hungary and the Czech Republic in opposing the relocation mechanism”, *Cahiers de l'EDEM*, June 2020.

### 3. C. CONST., 7 MAI 2020, N° 58/2020

#### ***Les reconnaissances frauduleuses et la Cour constitutionnelle : une première rupture dans la protection des droits fondamentaux de l'enfant en matière de filiation ?***

Anne-Catherine Rasson

« Malgré les exigences drastiques imposées à la famille migrante, elle continue à être perçue comme une menace, sans que l'on voie en elle un atout du point de vue de l'intégration, de la stabilisation ou simplement de l'épanouissement qui va souvent de pair avec les deux premiers et les encourage. Elle est enfermée dans un culte de méfiance qui affecte [...] les droits les plus fondamentaux de la personne, celui de vivre auprès des siens [...] [ou la protection de] l'intérêt de l'enfant »<sup>1</sup>.

#### **A. Arrêt**

Le 7 mai 2020, dans son [arrêt n° 58/2020](#), la Cour constitutionnelle a statué sur le recours en annulation déposé contre [la loi du 19 septembre 2017 « modifiant le Code civil, le Code judiciaire, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et le Code consulaire, en vue de lutter contre la reconnaissance frauduleuse et comportant diverses dispositions en matière de recherche de paternité, de maternité et de comaternité, ainsi qu'en matière de mariage de complaisance et de cohabitation légale de complaisance »](#)<sup>2</sup>. Après un rappel du contexte législatif et des critiques formulées contre la loi dès son adoption (point 1), les moyens invoqués et l'arrêt seront synthétisés (points 2 et 3).

#### **1. Le contexte**

La [loi du 19 septembre 2017](#) a été adoptée en vue de sanctionner, sur le plan civil et sur le plan pénal<sup>3</sup>, les reconnaissances de filiation frauduleuses, soit celles par lesquelles l'auteur « vise manifestement uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour lié à l'établissement d'un lien de filiation pour lui-même, pour l'enfant ou pour la personne qui doit donner son consentement préalable à la reconnaissance » ([article 330/1 du Code civil inséré par l'article 9 de la loi](#)). Le régime juridique instauré par le législateur s'inscrit dans la continuité de la lutte contre les mariages et les cohabitations légales de complaisance<sup>4</sup> et a pour objectif de répondre à la problématique des reconnaissances frauduleuses qui serait « en hausse croissante »<sup>5</sup> ([exposé des motifs](#), p.6). Aucune

<sup>1</sup> C. FLAMAND et S. SAROLÉA, « Trajet migratoire et regroupement familial : obstacles et perspectives », in *Immigrations et droits. Questions d'actualité*, S. Saroléa (coord.), Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 94-95.

<sup>2</sup> La loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2018.

<sup>3</sup> Sans pouvoir nous y attarder, soulignons le risque d'« inanité de la répression pénale en pleine inflation qui, à défaut d'agir sur les causes, [peut] [...] décevoir » (J. FIERENS, « Quand le mariage ne sent pas la rose. Les suspicions de mariage simulé et la jurisprudence récente », *Act. dr. fam.*, 2009/7, p. 145 ; voy. aussi O. DE CUYPER « Loi du 19 septembre 2017 et reconnaissances frauduleuses : lorsque l'Officier de l'état de civil devient seul juge », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, J. Sosson (dir.), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 69).

<sup>4</sup> Le législateur fait le choix de viser les reconnaissances « frauduleuses » et non « de complaisance », ce qui « traduit mieux l'objectif du projet de loi en lien avec la lutte contre les reconnaissances effectuées dans le seul but de contourner les dispositions légales en matière de séjour. Il n'est pas dans les intentions du législateur de sanctionner les pères socio-affectifs qui veulent assumer leur paternité vis-à-vis d'un enfant qui n'a pas de lien de filiation biologique avec celui-ci » (p. 5).

<sup>5</sup> Suivant l'expression du Collège des procureurs généraux dans son [rapport 2011-2012](#) au Comité parlementaire chargé du suivi législatif (*Doc.*, Chambre, 2011-2012, n° 1414/008, *Doc.*, Sénat, n° 5-1453/4, p. 130)

évaluation approfondie n'a cependant été menée pour mesurer l'ampleur du phénomène<sup>6</sup>. Selon Marie Doutrepoint et Jennifer Sevrin, il s'agirait d'un phénomène marginal : « l'obtention d'un titre de séjour en qualité d'auteur-e d'enfant belge [...] représente moins de 4% de l'ensemble des titres délivrés pour des raisons familiales »<sup>7</sup>.

Pour lutter contre les reconnaissances frauduleuses, le législateur a adopté plusieurs mesures<sup>8</sup> dont l'une concerne le contrôle préventif des reconnaissances confié à l'officier de l'état civil. Celui-ci peut ainsi refuser d'acter une reconnaissance, s'il constate que son auteur souhaite *manifestement et uniquement* l'obtention d'un avantage en matière de séjour. Il a, en outre, la possibilité de surseoir à acter la reconnaissance afin de procéder à une enquête complémentaire, en cas de présomption sérieuse que la reconnaissance soit frauduleuse, éventuellement après avoir recueilli l'avis du procureur du Roi ([article 330/2, alinéas 1 et 2, inséré par l'article 10 de la loi](#)). Aucun recours spécifique n'a été organisé contre la décision de l'officier de l'état civil. [L'article 330/2, alinéa 5, du Code civil](#) renvoie l'auteur de la reconnaissance vers la procédure en établissement judiciaire de la filiation.

La [circulaire du 21 mars 2018 relative à la loi du 19 septembre 2017](#) précise que la décision de l'officier de l'état civil de différer ou de refuser d'acter la reconnaissance relève « d'une appréciation objective » au cours de laquelle l'officier « vérifie s'il est satisfait à toutes les conditions légales avant d'établir la reconnaissance et ce, sur la base des documents qui lui sont soumis » et qu'il ne lui appartient donc pas « de juger si l'établissement d'un lien de filiation est dans l'intérêt ou non de l'enfant », ce pouvoir d'appréciation subjectif appartenant au juge (B.1)<sup>9</sup>. Pour guider l'officier de l'état civil dans son contrôle, la [circulaire](#) contient aussi une liste de facteurs, non exhaustive, pouvant « constituer une indication sérieuse qu'il s'agit d'une reconnaissance frauduleuse » (B.1).

Dès le [début du processus parlementaire](#), il y eut de vives critiques contre la [loi du 19 septembre 2017](#). La section de législation du Conseil d'Etat a rendu un [avis](#) particulièrement sévère (pp. 61-72). Etaient notamment pointées les violations du droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées, du droit à l'identité et à l'épanouissement personnel de l'enfant, du principe d'égalité et de non-discrimination, du droit à un procès équitable et à un recours effectif ainsi que la non-prise en considération de l'intérêt de l'enfant, de façon primordiale, par l'officier de l'état civil en la matière.

---

<sup>6</sup> Voy. O. DE CUYPER, *op. cit.*, pp. 56-57 et les références citées ; [Questions et réponses écrites](#), Doc, Chambre, 2019, n° QRVA 55 003, p. 12 ; [Question et réponse écrite n° 7-109](#), Doc., Sénat, 20 janvier 2020). Précisons que préalablement à l'adoption de la [loi du 19 septembre 2017](#) et, donc, en dehors du cadre juridique existant, certains officiers de l'état civil sollicitaient l'avis du procureur du Roi et refusaient parfois d'acter les reconnaissances qu'ils considéraient comme frauduleuses.

<sup>7</sup> M. DOUTREPOINT et J. SEVRIN, « Genre et migration, de la nécessité d'une approche intersectorielle : quelques exemples choisis », in *Codes commentés – Droits des femmes*, D. Bernard, Ch. Harmel (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 298.

<sup>8</sup> Ces mesures sont largement détaillées dans les articles de doctrine proposés à la fin de l'article dans la partie « C. Pour aller plus loin ». Le lecteur intéressé pourra utilement s'y référer.

<sup>9</sup> Voy. aussi : [Projet de loi, Exposé des motifs, Doc., Chambre, 2016-2017, n° 54-2529/001](#). Le Conseil d'Etat a estimé que le recours en annulation, déposé contre la [circulaire](#) du 21 mars 2018 précitée, était irrecevable étant entendu que, selon lui, « la circulaire litigieuse, telle que critiquée par les parties requérantes, n'ajoute pas à l'ordonnement juridique existant » (C.E., 19 juin 2019, n° 244.846, 15).

## 2. Les moyens des requérants

Dans ce contexte, plusieurs organisations de défense des droits de l'enfant et des droits des étrangers, dont UNICEF Belgique, et l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ont déposé un [recours en annulation](#) devant la Cour constitutionnelle<sup>10</sup>.

Le premier moyen des requérants s'articule autour de la violation du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit pris en considération de manière primordiale dans toute décision qui le concerne, conformément à l'article 22bis, alinéa 4, de la [Constitution](#), lu à la lumière des articles 3.1 et 7.1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#). Le deuxième moyen dénonce une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la [Constitution](#) combinés avec l'article 22bis de la [Constitution](#) et avec les articles 3.1 et 7.1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) entre les enfants nés de parents belges ou en séjour légal en Belgique qui peuvent bénéficier d'une reconnaissance consentie par les deux parents et les enfants nés d'au moins un parent en séjour irrégulier ou précaire en Belgique qui peuvent être privés de ce lien de filiation. Le troisième moyen conteste l'atteinte par la [loi](#) au droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées consacré par l'article 22 de la [Constitution](#), lu à la lumière de l'article 8 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#). Le quatrième moyen vise enfin la violation du droit d'accès au juge visé aux articles 10, 11, 13 et 23, alinéa 3, 2°, de la [Constitution](#) lus ou non en combinaison avec les articles 6 et 13 de la [Convention européenne des droits de l'homme](#) et avec l'article 47 de la [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#).

## 3. L'arrêt de la Cour constitutionnelle

Dans son [arrêt n° 58/2020](#) du 7 mai 2020, la Cour constitutionnelle considère que les premier, troisième et quatrième moyens « sont dirigés contre des aspects indissociables du mécanisme mis en place par les dispositions attaquées en vue de lutter contre les reconnaissances frauduleuses » et les examine conjointement (B.9.3).

La Cour rappelle, tout d'abord, sa jurisprudence relative à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant :

« Tant l'article 22bis, alinéa 4, de la [Constitution](#) que l'article 3, paragraphe 1, de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) imposent à toutes les institutions qui prennent des mesures vis-à-vis des enfants de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant. L'article 22bis, alinéa 5, de la [Constitution](#) donne au législateur compétent la mission de garantir que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération de manière primordiale.

Si l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale, il n'a pas un caractère absolu. Mais dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, *l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale.* » (B.13.1 – B.13.2. Nous soulignons).

Se référant en outre à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle souligne que, dans le domaine de la filiation qui « englobe d'importants aspects de l'identité personnelle d'un individu », l'intérêt de l'enfant doit être la considération primordiale et qu'il peut, le cas échéant, primer sur l'intérêt des parents (B.14.1). Après avoir également rappelé certains arrêts de la Cour de Strasbourg, cette fois en matière de politique migratoire, la Cour

---

<sup>10</sup> Le Centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, la protection des droits des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains (Myria) a déposé une requête en intervention qui n'a pas été examinée au fond par la Cour dans son [arrêt](#) (B.6.1-B.7).



constitutionnelle relève encore que « lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte en particulier leur intérêt supérieur dans la mise en balance des intérêts en jeu. Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut lui accorder un poids important » (B.15.4).

Appliquant ensuite ces principes à la [loi attaquée](#), la Cour attire l'attention sur le fait que la loi limite son champ d'application aux auteurs de reconnaissances qui n'ont *manifestement*<sup>11</sup> pas « l'intention de créer un lien familial avec l'enfant et d'assumer les responsabilités parentales qui en découlent » (B.16.1-B.16.2). Elle souligne aussi que l'acte de reconnaissance est un acte juridique volontaire d'une personne qui veut créer un lien de filiation avec un enfant, peu importe qu'il y ait un lien biologique avec l'enfant ou non. Eu égard à [l'article 16 du Code civil](#) qui précise que « l'officier de l'état civil ne mentionne rien d'autre dans les actes qu'il dresse que ce qui doit lui être déclaré par les parties et ce qui lui est imposé par la loi » et aux travaux parlementaires de la loi du 19 septembre 2017 ([exposé des motifs](#) et [rapport](#)), elle considère que l'officier de l'état civil chargé d'acter la reconnaissance n'est pas tenu « d'apprécier l'opportunité de la reconnaissance envisagée ni, dans ce contexte, de tenir compte de l'intérêt de l'enfant » (B.17.3)<sup>12</sup>. Prolongeant cette réflexion s'agissant de la [loi du 19 septembre 2017](#), la Cour déclare :

« Le législateur a ainsi pu imposer à l'officier de l'état civil de refuser de prendre acte d'une reconnaissance qui lui apparaît frauduleuse dans le chef de son auteur, c'est-à-dire, en l'espèce, une reconnaissance demandée dans l'intention manifeste et exclusive de retirer un avantage en matière de séjour. De même, le législateur a pu limiter le contrôle opéré par l'officier de l'état civil à la fraude ainsi décrite dans le chef de l'auteur, de sorte que, si l'officier de l'état civil constate que la fraude est établie, il ne lui revient pas de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. » (B.17.4. Nous soulignons).

La Cour mentionne néanmoins que l'intérêt supérieur de l'enfant devant être pris en compte dans toute décision qui le concerne, le refus du lien de filiation dans le cadre d'une reconnaissance frauduleuse, « ne peut viser que la phase administrative d'examen de la déclaration par l'officier de l'état civil lorsque celui-ci constate que la fraude est établie » (B.18). Par voie de conséquence et sous réserve de cette précision, elle rejette les premier et troisième moyens.

La Cour constitutionnelle poursuit son raisonnement en déclarant que ce n'est pas parce que l'officier de l'état civil n'est pas chargé de prendre en considération l'intérêt de l'enfant que le législateur n'en tient pas compte et qu'il y a lieu « de tenir compte des dispositions attaquées dans leur ensemble » (B.20.1). Au regard du caractère fondamental des intérêts en cause et de l'équilibre à préserver entre ces intérêts, le droit d'accès au juge des personnes concernées doit être garanti, lorsqu'elles estiment que c'est à tort que l'officier de l'état civil a refusé d'acter la reconnaissance au motif qu'il y aurait une fraude visant à obtenir un droit de séjour. « Ce juge constitue en effet l'organe indépendant et impartial, disposant de pouvoirs d'instruction, et, partant, à même de disposer de tous les éléments, en fait et en droit, permettant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant face à une situation complexe dans laquelle la reconnaissance poursuivrait un objectif de fraude en matière de séjour » (B.20.3).

Appliquant, à nouveau, ces principes à [la loi attaquée](#), la Cour relève qu'il n'existe pas de recours spécifique contre la décision de l'officier de l'état civil, les personnes concernées ayant uniquement la possibilité d'introduire une action « nouvelle et distincte » visant à demander l'établissement

<sup>11</sup> Selon la Cour cela signifie que l'intention des auteurs concernés doit être « indubitablement » ou « indéniablement » présente (B.16.2).

<sup>12</sup> Ce considérant de [l'arrêt](#) fait ainsi écho au contenu de la [circulaire](#) du 21 mars 2018 précitée.

judiciaire de la filiation auprès du tribunal de la famille (B.22.1 et B.26.1). Elle souligne que les conditions prévues par cette action nouvelle et distincte sont différentes de celles qui sont exigées lors d'une demande de reconnaissance d'un enfant et qu'elles peuvent être plus strictes (B.26.2). En effet, conformément à [l'article 332quinquies, §3, du Code civil](#), les actions en recherche de maternité ou de paternité sont rejetées si l'auteur de la demande n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant<sup>13</sup>.

La Cour considère ainsi que, dans cette hypothèse, l'auteur d'une demande de reconnaissance, sans lien biologique avec l'enfant concerné, et l'enfant pourraient se voir irrémédiablement privés d'un lien de filiation sans qu'un examen concret des intérêts des différentes personnes en cause – et donc de l'intérêt primordial de l'enfant concerné – n'ait pu être réalisé par un juge (B.27.4) de telle sorte que la Cour constate la violation du droit d'accès au juge (B.27.5).

En l'espèce, la Cour observe que c'est au législateur de réparer la violation constatée en organisant une procédure juridictionnelle conforme à [l'arrêt](#), qui « doit permettre au juge saisi de disposer d'un recours de pleine juridiction et de statuer en mettant en balance les différents intérêts en jeu et [...] en prenant en considération l'intérêt de l'enfant de manière primordiale » (B.28.2, §§ 1 et 2). Elle considère cependant que, dans l'attente de l'intervention du législateur, les personnes concernées doivent pouvoir introduire un recours contre la décision de l'officier de l'état civil devant le président du tribunal de la famille, comme c'est déjà le cas en cas de refus de mariage ou de cohabitation légale de complaisance (B.28.2, §5, combiné à B.23) et elle annule [l'article 330/2, alinéas 5 et 6, du Code civil](#) (B.28.3).

Enfin, au terme de son [arrêt](#), la Cour constitutionnelle examine le deuxième moyen portant sur la différence de traitement entre « d'une part, les enfants nés de parents en séjour légal en Belgique ou belges, qui ne peuvent jamais se voir refuser l'établissement de leur lien de filiation par le biais d'un acte de reconnaissance, et, d'autre part, les enfants nés d'au moins un parent en séjour irrégulier ou précaire en Belgique, qui peuvent être privés d'un tel lien de filiation » (B.31.1). Suivant la position du Conseil des ministres (A.10), la Cour considère que, eu égard à l'objectif de loi, soit empêcher un détournement des reconnaissances dans l'unique objectif d'obtenir un droit de séjour de manière frauduleuse, « les catégories de personnes mentionnées ne sont pas comparables, dès lors que le risque d'un tel abus n'existe pas dans le premier cas » (B.31.2) et elle rejette le moyen.

## B. Éclairage

Dans le cadre limité de ce commentaire, nous avons fait le choix de centrer nos réflexions autour de la notion de l'intérêt de l'enfant (point 1). Nous aborderons aussi très brièvement quelques éléments relatifs au principe d'égalité et de non-discrimination (point 2).

---

<sup>13</sup> Or, il n'était pas dans les intentions du législateur d'empêcher les reconnaissances introduites par « les pères socio-affectifs qui veulent assumer leur paternité vis-à-vis d'un enfant qui n'a pas de lien de filiation biologique avec celui-ci » (B.27.3).

## 1. La Cour constitutionnelle et l'intérêt de l'enfant

### - L'ambivalence de la notion de l'intérêt de l'enfant

Le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne est consacré à l'article 22bis, alinéa 4, de la [Constitution](#) et à l'article 3.1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#). Il s'agit de l'un des principes généraux de la Convention et d'une « notion clef »<sup>14</sup> et transversale de la protection des droits fondamentaux de l'enfant.

Nous écrivions cependant récemment que la notion d'intérêt de l'enfant n'était pas dénuée d'ambivalence :

« Notion à la mode aujourd'hui, dans le monde du droit comme dans le monde de l'éducation, de la santé, de la psychologie, on la retrouve même dans la littérature et au cinéma. Véritable clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant, elle [peut] induire le meilleur comme le pire. [...] L'intérêt de l'enfant dispense parfois de motiver en droit une décision. Au nom de son intérêt, un enfant peut se voir privé de ses droits fondamentaux. Sous le prétexte du respect du meilleur intérêt de l'enfant, le plus fort se voit ainsi parfois mieux protégé que le plus faible. D'un autre côté, l'intérêt de l'enfant a été la notion clé vers un changement de paradigme à l'égard de l'enfance. Il a sans aucun doute renforcé à de nombreuses reprises les droits de l'enfant et permis de saisir le paradoxe de ces droits dont la spécificité est la recherche permanente du plus juste équilibre entre la protection et la liberté. »<sup>15</sup>

Cette ambivalence se révèle aussi dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>16</sup>. Si, dans ses arrêts en matière de filiation, elle a déjà pu se montrer très attentive aux intérêts de l'enfant, « partie faible de la relation » (C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013, B.10)<sup>17</sup>, elle est restée plus laconique dans d'autres arrêts, notamment dans le domaine de la migration (C.C., 19 décembre 2013, n° 166/2013 B.11-B.12)<sup>18</sup>. L'arrêt n° 58/2020, qui réunit droit de la filiation et droit de la migration, s'inscrit à la croisée de ces deux tendances jurisprudentielles.

### - L'ambivalence de l'intérêt de l'enfant et les reconnaissances frauduleuses

L'ambivalence relative à la prise en considération de l'intérêt primordial de l'enfant se cristallise ainsi dans le contexte des reconnaissances frauduleuses.

<sup>14</sup> C. FLAMAND et S. SAROLÉA, *op. cit.*, p. 78.

<sup>15</sup> A.-C. RASSON, « "L'intérêt de l'enfant", clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », in *L'étranger, la veuve et l'orphelin. Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, G. Mathieu et al. (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 161 et 187. Voy. aussi J. FIERENS, « Conclusions. Le droit de la famille en grand danger de noyade », in *Statut familial de l'enfant et migration*, S. SAROLÉA (dir.), Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain, 2018, p. 291 ; N. CANTWELL, « The concept of the best interests of the child : what does it add to children's human rights ? », in *The Best Interests of the Child – A Dialogue between Theory and Practice*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2016, pp. 19-26.

<sup>16</sup> A.-C. RASSON, *op. cit.*, pp. 176-187. A l'instar de la Cour constitutionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme fait aussi preuve d'inconstance s'agissant de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant notamment dans les affaires de regroupement familial (voy. C. FLAMAND et S. SAROLÉA, *op. cit.*, p. 81 et A. SINON, « *Children of a Lesser God?* La Cour EDH "oublie" de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision d'irrecevabilité dans le cas de *Abokar c. Suède* », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2019).

<sup>17</sup> Voy. aussi en matière d'enseignement, C.C., 9 juillet 2009, n° 107/2009, B.41.2.

<sup>18</sup> Voy. sur cet arrêt P. D'HUART, « La détention des familles avec enfants mineurs : quelques éclaircissements sur l'article 74/9 », *Newsletter EDEM*, janvier 2014 ; A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? », in *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, A. Hoc et al. (eds.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 348-352.

Si, pour le législateur, le respect de l'intérêt des enfants concernés est la *ratio legis* de la [loi du 19 septembre 2017](#) (A.8.1 de [l'arrêt commenté](#)), l'étude approfondie du dispositif instauré montre qu'il ne s'agit que d'un intérêt de l'enfant théorique, qui ne fera pas l'objet d'un examen concret et individuel par les autorités aux différents stades de la procédure – voire à aucun moment pour certains enfants (article 330/2, alinéa 5, du [Code civil](#) combiné avec l'article 332quinquies, §3, du [Code civil](#)), et ce, malgré le potentiel impact de la décision sur les droits de l'enfant.

Dans [l'arrêt commenté](#), la Cour constitutionnelle, quant à elle, rappelle sa position de principe sur l'intérêt de l'enfant suivant laquelle « toutes les institutions qui prennent des mesures vis-à-vis des enfants » doivent « prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant » (B.13.1 - B.13.2). Elle améliore par ailleurs substantiellement le mécanisme instauré par [la loi du 19 septembre 2017](#), au nom du droit d'accès au juge combiné au principe de prise en considération de l'intérêt de l'enfant (B.18-B.28), et va, dans l'attente d'une correction par le législateur, jusqu'à combler la lacune législative ainsi constatée, en organisant un recours spécifique de pleine juridiction contre les décisions de l'officier de l'état civil. Ce recours est confié au président du tribunal de la famille qui doit statuer en mettant en balance les différents intérêts en jeu et prendre en compte l'intérêt de l'enfant de manière primordiale (mais non absolue) (B.28.2 combiné avec B.23 et B.13.1)<sup>19</sup>.

Toutefois, nonobstant le rappel des principes fondamentaux entourant l'intérêt de l'enfant, la Cour constitutionnelle estime que l'absence de prise en compte de cet intérêt au stade de la phase administrative ne constitue pas une violation des droits fondamentaux de l'enfant, ce qui ne manque pas de surprendre (B.17.4). La Cour fonde son raisonnement sur deux arguments principaux étroitement liés. *Premièrement*, elle considère, que pour vérifier si le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale n'a pas été bafoué, il y a lieu « de tenir compte des dispositions attaquées dans leur ensemble » (B.20.1) et que le juge constitue « l'organe indépendant et impartial, disposant de pouvoirs d'instruction, et, partant, à même de disposer de tous les éléments, en fait et en droit, permettant de tenir compte de l'intérêt de l'enfant face à une situation complexe dans laquelle la reconnaissance poursuivrait un objectif de fraude en matière de séjour » (B.20.3). *Deuxièmement*, la Cour estime que l'officier de l'état civil ne statue pas, dans le cadre des reconnaissances, en opportunité et que le législateur pouvait donc limiter, s'agissant des reconnaissances frauduleuses, son contrôle à l'examen de la fraude (B.17.3-B.17.4).

*- Réflexion critique relative à l'interprétation de l'intérêt de l'enfant par la Cour constitutionnelle*

Le raisonnement de la Cour constitutionnelle, qui renforce l'ambivalence autour du principe de l'intérêt de l'enfant, ne nous convainc pas.

---

<sup>19</sup> En comblant de telle sorte la lacune constatée, la Cour constitutionnelle semble adopter la posture d'un « législateur actif » ou d'un « juge légiférant » pour reprendre l'expression de Paul Martens (P. MARTENS, « Le juge légiférant. Obs. sous C.C., 11 janvier 2012, n° 1/2012 », *J.L.M.B.*, 2012, pp. 557-559. Voy. aussi G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux dessinés par le juge constitutionnel belge. L'héritage de l'arrêt *Marckx* dans la jurisprudence constitutionnelle des droits fondamentaux », in *La Cour constitutionnelle. De l'art de modeler le droit pour préserver l'égalité*, S. Boufflette (dir.), Limal, Anthemis, 2016, pp. 85-93).

Les libellés de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la [Constitution](#)<sup>20</sup> et de l'article 3.1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#)<sup>21</sup> visent *toutes* les décisions qui concernent les enfants et ne limitent pas l'obligation d'examiner l'intérêt de l'enfant aux seules autorités judiciaires<sup>22</sup>. Au contraire, dans son [observation générale n° 14](#) (2013), le Comité des droits de l'enfant des Nations unies<sup>23</sup> précise que l'article 3.1 « impose aux États une obligation juridique stricte et signifie qu'ils n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant et de lui attribuer le poids requis en tant que considération primordiale » (§36). L'article 3.1 cite d'ailleurs formellement les « institutions publiques de protection sociale » et les « autorités administratives ». Le Comité souligne encore que « le terme "décision" ne s'entend pas uniquement des décisions, mais aussi de tous les actes, conduites, propositions, services, procédures et autres mesures » (§17) et que les institutions publiques ou privées de protection sociale « doivent s'entendre de toutes les institutions dont les activités et les décisions ont des incidences sur les enfants et sur la réalisation de leurs droits », ce qui inclut les décisions relatives aux droits civils (§26) et donc, à notre estime, en matière d'actes à l'état civil et d'enregistrement des naissances. Le champ d'application de la notion d'« autorités administratives » visée à l'article 3.1 doit ainsi être interprété de façon « très vaste » et couvrir « tous les échelons », le Comité relevant aussi que « les décisions concernant des cas individuels prises dans ces domaines par les autorités administratives doivent être guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'évalué, comme toutes les mesures d'application » (§30)<sup>24</sup>. Dans son [observation générale n° 22](#) (2017), le Comité insiste en outre sur le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être au cœur de toutes les décisions prises dans le contexte migratoire (§§27-33).

Dans les [travaux préparatoires](#) de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la [Constitution](#), il n'est pas mentionné que certaines autorités pourraient être dispensées d'examiner l'intérêt de l'enfant. Au contraire, il est précisément mentionné que l'objectif de l'article 22*bis* est d'intégrer, au titre II de la Constitution, les principes généraux de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) et notamment son article 3.1 (pp. 3 et 7). Il s'en déduit que la Cour constitutionnelle, en admettant que l'intérêt de l'enfant ne soit pas examiné dans la phase administrative, ne condamne pas une violation des droits de l'enfant<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale. » Nous soulignons.

<sup>21</sup> « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Nous soulignons.

<sup>22</sup> Dans le même sens O. DE CUYPER, *op. cit.*, p. 91.

<sup>23</sup> Sur la force contraignante des travaux du Comité des droits de l'enfant, voy. J. FIERENS, « La protection de la jeunesse « communautarisée » et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *Act. dr. fam.*, 2019/9, pp. 303-305 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? A propos de l'autorité de la "jurisprudence" du Comité des droits de l'enfant, in *L'étranger, la veuve et l'orphelin. Le droit protège-t-il les plus faibles ? op. cit.*, pp. 199-208.

<sup>24</sup> Voy. not. sur l'observation générale n° 14, S. SAROLEA, « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM*, novembre 2016.

<sup>25</sup> Dans le même sens, voy. not. B. VAN KEIRSBILCK, « L'intérêt de l'enfant à la sauce Covid », *J.D.J.*, 2020/3, n° 393, p. 1. Cette inconstitutionnalité de la loi avait déjà été relevée par la [section de législation du Conseil d'Etat](#) (pp. 61-66) de même que dans la doctrine (not. N. GALLUS, « Reconnaissance de filiation frauduleuse », *Act. dr. fam.*, 2018/5, p. 101 ; J. VERHELLEN, S. DEN HAESE, « De wet frauduleuze erkenningen – Nieuw hoofdstuk in de strijd tegen het gebruik van het familierecht voor verblijfsrechtelijke doeleinden », *R.W.*, 2018-2019, n° 43, p. 1694).

La circonstance que c'est le régime juridique dans sa globalité qui doit être considéré et qu'une décision contraire aux intérêts de l'enfant peut être légitimement réparée ultérieurement ne suffit nullement à pallier la violation de droits mise ainsi en évidence. Il est assez piquant de constater que le Conseil des ministres semble d'accord avec notre thèse :

« Même si l'intérêt de l'enfant n'est pas explicitement mentionné dans la loi attaquée, il s'impose directement, en vertu de la Constitution, dans toute décision qui concerne l'enfant. Le législateur a d'ailleurs pris en compte l'intérêt de l'enfant, puisque l'objectif même de la loi est de protéger cet enfant contre une reconnaissance qui ne vise en réalité qu'un avantage en matière de droit de séjour. La loi peut d'ailleurs être interprétée comme n'interdisant pas à l'officier de l'état civil de prendre en considération l'intérêt de l'enfant, dont il tiendra inévitablement compte en refusant une reconnaissance frauduleuse » (arguments développés par le Conseil des ministres dans le cadre de [l'arrêt commenté](#), A.6.2).

Pour appuyer sa décision, la Cour constitutionnelle relève aussi que, s'agissant des demandes « classiques » de reconnaissance d'un enfant, le rôle de l'officier de l'état civil se limite à vérifier les conditions légales (notamment la remise des documents et les consentements requis), et qu'il n'a donc pas reçu pour mission d'examiner l'opportunité de la reconnaissance envisagée ni de tenir compte, dans ce contexte, de l'intérêt de l'enfant (B.17.3). Pour prolonger le raisonnement, ajoutons aussi que, conformément aux [articles 321, 325, 325/5 et 325/10 du Code civil](#), en cas d'inceste entre les parents<sup>26</sup>, la filiation d'un enfant ne peut pas non plus être établie au stade de la reconnaissance et ne pourra l'être, le cas échéant, que par une action en recherche de maternité, de comaternité ou de paternité. De même, la reconnaissance ne peut avoir lieu en cas de condamnation du candidat du chef d'un fait visé à l'article [375 du Code pénal](#), commis sur la personne de la mère pendant la période légale de conception<sup>27</sup>. L'officier de l'état civil n'a pas non plus été chargé, dans ces hypothèses, de procéder à une évaluation de l'intérêt de l'enfant concerné. Si ce constat pourrait être réinterrogé par ailleurs, l'on ne peut assimiler le contrôle de ces éléments purement objectifs (vérification des documents, des consentements requis ou d'éléments ne requérant aucune appréciation) au contrôle visé dans [loi du 19 septembre 2017](#).

Par contre, le contrôle de l'intention potentiellement frauduleuse de l'auteur de la reconnaissance d'obtenir manifestement exclusivement un avantage de séjour implique nécessairement une *appréciation* de la part de l'officier de l'état civil. En cas de doute, il a d'ailleurs la possibilité de solliciter un avis au procureur du Roi, qui sera fondé sur une enquête. Il ne s'agit donc pas simplement d'acter ou non une reconnaissance mais de prendre une décision discrétionnaire qui aura pour conséquence l'acceptation ou le refus d'acter la reconnaissance<sup>28</sup>. La Cour l'admet elle aussi, implicitement, lorsqu'elle mentionne que le juge devra statuer sur « une situation complexe dans laquelle la reconnaissance *poursuivrait* un objectif de fraude en matière de séjour » (B.20.3. Nous soulignons). Il nous semble donc que l'argument de la Cour constitutionnelle, sur ce point précis, méconnaît aussi l'article *22bis*, alinéa 4, de la [Constitution](#) combiné à l'article 3.1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) tels qu'interprétés par la Cour, elle-même (B.13.1, B.13.2, B.14.1 et B.15.1, § 2.).

<sup>26</sup> A ce sujet, voy. P. MARTENS, « Inceste et filiation: égalité et tabou », *J.L.M.B.*, 2012/7, pp. 1287-1289 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'interdit de l'inceste : une norme symbolique évanescence ? », *J.D.J.*, 319, 2012, pp. 23-34.

<sup>27</sup> [Article 329bis, § 2, alinéa 5, du Code civil](#).

<sup>28</sup> Dans le même sens, O. DE CUYPER, *op. cit.*, p. 60 ; MYRIA, *Etre étranger en Belgique en 2017*, [MyriaDocs n° 6](#), 2017, p. 9.



L'on ajoutera enfin que le refus d'acter la reconnaissance, considérée comme frauduleuse, prive en conséquence l'enfant de l'établissement de la filiation et des effets de celle-ci en termes de « droit de séjour, nationalité, droit aux allocations familiales et aux soins de santé... », et [...] le place dans une situation particulièrement préjudiciable par exemple dans l'hypothèse du décès du second parent dont la filiation est déjà établie. Cette conséquence est contraire aux droits de l'enfant et notamment à son droit à être intégré de plein droit et dès sa naissance dans sa famille »<sup>29</sup>. Le Comité des droits de l'enfant, dans son [observation générale n° 23 \(2017\)](#), insiste pourtant tout particulièrement sur le maintien de l'unité familiale (§27). La [section de législation du Conseil d'Etat](#) observait aussi une violation du droit de chaque enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux, à tout le moins pour les enfants ayant un lien biologique avec l'auteur ou étant conçu conformément à la [loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes](#) (p. 67). La Cour elle-même a déjà jugé, à plusieurs reprises, que « si, en règle générale, on peut estimer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa double filiation, on ne peut présumer de manière irréfragable que tel soit toujours le cas » ([arrêt n° 144/2010](#), B.5 ; [arrêt n° 94/2015](#), B.23) et que « le législateur, lorsqu'il élabore un régime légal en matière de filiation, doit permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto* à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis » ([arrêt n° 30/2013](#), B.7). La règle est donc qu'il est *a priori* conforme à l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'un double lien de filiation et que l'exception, qui doit être concrètement évaluée, est la privation de ce double lien de filiation. Or, dans l'affaire étudiée, ce principe est inversé : le double lien de filiation est considéré, en théorie et *a priori*, comme étant contraire à l'intérêt de l'enfant en cas de fraude, et ce n'est *qu'a posteriori* que sera pris en compte l'intérêt primordial de l'enfant, lors d'un contrôle juridictionnel intervenant en second lieu, malgré le fait que les parents concernés ont tous les deux marqué leur accord sur la reconnaissance. L'on n'ignore pas, au surplus, que le risque peut s'aggraver avec la précarité du statut des personnes concernées dès lors « qu'aucune protection contre l'exécution d'un ordre de quitter le territoire, notifié à l'étranger en séjour illégal ou précaire, candidat à la reconnaissance ou mère [et en ce cas par extension à l'enfant en séjour illégal] n'a été prévue par la circulaire du 21 mars 2018 »<sup>30</sup>.

*- Au nom des droits fondamentaux de l'enfant : pistes d'amélioration de la loi*

La lutte contre l'instrumentalisation des enfants est bien évidemment légitime<sup>31</sup> mais elle ne peut se réaliser au détriment du respect des droits fondamentaux. Même si [l'arrêt n° 58/2020](#) vient quelque peu redresser certains manquements de la [loi](#), celle-ci porte toujours atteinte aux droits de l'enfant et il conviendrait d'y remédier.

Nous comprenons que le législateur et la Cour constitutionnelle aient estimé qu'il était difficile pour l'officier de l'état civil de prendre en compte « tous les éléments en fait et en droit » et de procéder

<sup>29</sup> N. GALLUS, « Reconnaissance... », *op.cit.*, p. 101. Voy. aussi MYRIA, *op. cit.*, pp. 10-12.

<sup>30</sup> Contrairement à la [circulaire du 17 septembre 2013 relative à l'échange d'informations entre les Officiers de l'état civil et l'Office des Etrangers à l'occasion d'une déclaration de mariage ou d'une déclaration de cohabitation légale d'un étranger en séjour illégal ou précaire](#). O. DE CUYPER, *op. cit.*, p. 88.

<sup>31</sup> Même si nous pensons, comme de nombreux auteurs, qu'une évaluation indépendante et approfondie du phénomène pour y répondre adéquatement et proportionnellement est indispensable.



à une juste balance des droits et intérêts en jeu en allouant un poids prépondérant à l'intérêt de l'enfant au regard de sa vulnérabilité, dans une situation complexe (B.17.3-B.17.5 et B.20.3). Il nous dès lors inéluctable d'abandonner le contrôle préventif des reconnaissances frauduleuses par les officiers de l'état civil et de lutter contre l'instrumentalisation d'enfants avec d'autres mécanismes qui ne portent pas un préjudice disproportionné aux droits des personnes concernées et tout spécialement des enfants<sup>32</sup>. A tout le moins, si le législateur décide de maintenir ce contrôle préventif, il devrait alors, conformément à l'article 22bis, alinéa 4, de la [Constitution](#) et 3.1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#), confier aux officiers de l'état civil le soin de procéder à une balance concrète des droits et intérêts, dans laquelle l'intérêt de l'enfant serait une considération primordiale, et les outiller à cette fin.

Certes, au regard de l'[arrêt](#) commenté, il peut paraître illusoire d'espérer qu'un changement législatif intervienne prochainement dans le sens proposé. Il demeure que c'est, à notre estime, les seules solutions pour que les droits de l'enfant ne soient plus violés. Le législateur pourrait ainsi profiter de la réforme qu'il va devoir engager s'agissant du recours spécifique contre la décision de l'officier de l'état civil pour revoir plus fondamentalement le mécanisme de contrôle préventif instauré.

## **2. La Cour constitutionnelle et le principe d'égalité et de non-discrimination dans le droit de la filiation**

Sans pouvoir approfondir ici le sujet, nous souhaitons mentionner les enseignements implicites qui nous paraissent pouvoir se déduire, prudemment, des développements relatifs au moyen pris de la violation du principe d'égalité et de la non-discrimination dans l'[arrêt n° 58/2020](#).

En se limitant à examiner le critère de comparabilité<sup>33</sup> et en estimant qu'il n'était pas rencontré, sans autre argument que l'objectif de la [loi](#) attaquée et sans aucune démonstration, la Cour constitutionnelle laisse entrevoir que c'est *l'enfant migrant et non l'enfant en tant qu'enfant* qui a été au cœur de son arrêt, contrairement aux recommandations du Comité des droits de l'enfant, dans son [observation générale conjointe n° 22](#) (2017), qui insiste sur le fait que « les États devraient faire en sorte que les enfants, dans le contexte des migrations internationales, soient traités avant tout comme des enfants » (§ 11) et sur le caractère fondamental, dans ce contexte, du principe d'égalité et de non-discrimination (§21)<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> A cet égard, voy. les articles 11 et 17 de la [loi du 19 septembre 2017 précitée](#) et les mécanismes préexistants détaillés dans la littérature (not. O. DE CUYPER, *op. cit.*, pp. 58-59 ; P. WAUTELET, « Bébés-papiers, gestation pour autrui et co-maternité: la filiation internationale dans tous ses états », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 223).

<sup>33</sup> Sur le critère de comparabilité, voy. not. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 578-580 ; V. FLOHIMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », *R.B.D.C.*, 2008, pp. 217-235.

<sup>34</sup> Voy. aussi C. FLAMAND, « Primauté du statut d'enfant sur le statut de mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais... », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2019.

La jurisprudence de la Cour relative à l'égalité des naissances<sup>35</sup> ou l'arrêt n° 103/2012 en matière d'inceste renforcent cette impression. Dans cette dernière affaire, la Cour était invitée à examiner la compatibilité de l'ancien article 325 du Code civil – qui interdisait l'établissement de la double filiation à l'égard des enfants issus d'une relation entre des personnes qui sont visées par un empêchement absolu à mariage – avec les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec d'autres droits fondamentaux. Comparant les enfants visés par l'ancien article 325 du Code civil et tous les autres enfants, qui, quelles que soient les circonstances de leur naissance, peuvent voir établi un double lien de filiation dans leur chef, la Cour a estimé que la différence de traitement instaurée par la disposition en cause était contraire au principe d'égalité et de non-discrimination. Le test de comparabilité n'a même pas été évoqué. Comment interpréter cette jurisprudence divergente ? Le fait que le Conseil des ministres ait soulevé cet argument dans l'affaire « des reconnaissances frauduleuses » (A.10) et non dans l'affaire « inceste » pourrait être une explication, bien évidemment, mais qui reste néanmoins insuffisante au regard de l'incohérence ainsi instaurée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de filiation.

\*

L'arrêt n° 58/2020 illustre, selon nous, de façon particulièrement éclairante l'ambivalence de la Cour constitutionnelle relative à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, de façon primordiale, dans toutes les décisions qui le concerne. Alors qu'elle s'était montrée jusqu'ici très attentive, dans le droit de la filiation, aux intérêts primordiaux de l'enfant, l'arrêt commenté semble marquer une première rupture dans la protection constitutionnelle des droits fondamentaux de l'enfants en la matière. Il n'est à cet égard pas anodin que cette première rupture s'inscrive dans un contexte migratoire.

Nous espérons cependant que, malgré cette occasion manquée, le législateur reverra le mécanisme des reconnaissances frauduleuses au-delà de ce que lui impose la Cour constitutionnelle et que « les droits fondamentaux [...] [continuent à constituer] une limite essentielle à la souveraineté de l'État [et à] [...] protéger la vie familiale, en particulier lorsque des personnes vulnérables ou enfants sont impliqués »<sup>36</sup>.

### C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : C. const., 7 mai 2020, n° 58/2020

Jurisprudence :

C.C., 16 décembre 2010, n° 144/2010.

C.C., 9 août 2012, n° 103/2012.

C.C., 7 mars 2013, n° 30/2013.

C.C., 19 décembre 2013, n° 166/2013.

C.C., 25 juin 2015, n° 94/2015.

<sup>35</sup> A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, op. cit., pp. 1617-1619.

<sup>36</sup> C. FLAMAND et S. SAROLÉA, op. cit., p. 86.

C.E., 19 juin 2019, n° 244.846.

Doctrine :

- F. BOURTON, « Lutte contre les reconnaissances frauduleuses : et l'intérêt de l'enfant dans tout ça ? », *J.D.J.*, n° 369, novembre 2017, pp. 37-43.
- O. DE CUYPER « Loi du 19 septembre 2017 et reconnaissances frauduleuses : lorsque l'Officier de l'état de civil devient seul juge », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, J. Sosson (dir.), Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 53-92.
- I. DE VIRON, « La loi sur la reconnaissance frauduleuse en droit belge », in *Statut familial de l'enfant et migration*, S. Sarolea (dir.), Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain, 2018, pp. 47-62.
- M. DOUTREPONT, J. SEVRIN, « Genre et migration, de la nécessité d'une approche intersectorielle : quelques exemples choisis », in *Codes commentés – Droits des femmes*, D. Bernard, Ch. Harmel (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 293-299.
- J. FIERENS, « Conclusions. Le droit de la famille en grand danger de noyade », in *Statut familial de l'enfant et migration*, S. Sarolea (dir.), Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain, 2018, pp. 287-294.
- CH. FLAMAND et S. SAROLÉA, « Trajet migratoire et regroupement familial : obstacles et perspectives », in *Immigration et droits – Questions d'actualité*, S. Saroléa (coord.), Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 45-95.
- N. GALLUS « Pot-pourri de réformes récentes », in *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2018, pp. 7-32.
- N. GALLUS, « Reconnaissance de filiation frauduleuse », *Act. dr. fam.*, 2018/5, pp. 99-102.
- LA CODE, *Loi contre les « bébés-papiers », droits de l'enfant oubliés*, août 2018, [www.lacode.be](http://www.lacode.be), consulté le 15 juin 2020.
- B. LANGHENDRIES, « 'Les bébés papiers': Derrière le concept choc, un nouveau risque de discrimination des familles en migration », *Act. dr. fam.*, 2014/3, pp. 80-81.
- A.-S. MATTHYS, J. WERBROUCK, « De bestrijding van de frauduleuze erkenningen. Commentaar bij de wet van 19 september 2017. Deel II. Strafrechtelijke aspecten », *T.Fam.*, 2018/4-5, pp. 126-133.
- MYRIA, *Etre étranger en Belgique en 2017*, *MyriaDocs n° 6*, 2017.
- A.-C. RASSON, « 'L'intérêt de l'enfant', clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », in *L'étranger, la veuve et l'orphelin. Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, G. Mathieu et al. (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 159-188.
- A-F SAUDOYER, « Le droit de la filiation », *le Pli juridique*, n° 51, mars 2020, pp. 16-20.
- P. SENAËVE, « Papieren kinderen », *T. fam.*, 2013, pp. 22-23.
- P. SENAËVE, « De bestrijding van de frauduleuze erkenningen. Commentaar bij de wet van 19 september 2017. Deel I. Civielrechtelijke aspecten », *T.Fam.*, 2018/4-5, pp. 96-125.
- B. VAN KEIRSBILCK, « L'intérêt de l'enfant à la sauce Covid », *J.D.J.*, 2020/3, n° 393, p. 1
- J. VERHELLEN, S. DEN HAËSE, « De wet frauduleuze erkenningen – Nieuw hoofdstuk in de strijd tegen het gebruik van het familierecht voor verblijfsrechtelijke doeleinden », *R.W.*, 2018-2019, n° 43, pp. 1682-1697.

- P. WAUTELET, « Bébés-papiers, gestation pour autrui et co-maternité: la filiation internationale dans tous ses états », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 179-233.

**Pour citer cette note** : A.-C. RASSON, « Les reconnaissances frauduleuses et la Cour constitutionnelle : une première rupture dans la protection des droits fondamentaux de l'enfant en matière de filiation ? », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2020.

#### 4. CASS., 29 AVRIL 2020, N° P.20.0378.F

***Une décision de refoulement n'équivaut pas à une décision de détention :  
la Cour de cassation rappelle la nécessité d'un examen individuel***

*Marie Courtoy*

##### **A. Arrêt**

Par [arrêt du 29 avril 2020](#), la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 mars 2020 ainsi que l'ordonnance de la Chambre du conseil du tribunal de première instance francophone de Bruxelles du 3 mars 2020 jugeant illégale la mesure de maintien aux frontières prise à l'égard de Madame N.N.C<sup>1</sup>.

La décision de maintien dans un lieu déterminé à la frontière suivait une décision de refoulement, elle-même prise à la suite d'une décision d'annulation du visa de l'intéressée. La décision d'annuler le visa avait été prise sur base des articles 32, 1, a), II, et 34, 1, du Règlement n°810/2009 (dit « [Code des visas](#) »), c'est-à-dire au motif que l'étranger ne pouvait fournir « de justification quant à l'objet et aux conditions du séjour envisagé ». Le même motif a justifié la décision de refoulement sur pied de l'article 3, alinéa 1, 3°, de la loi du 15 décembre 1980.

En l'espèce, Madame N.N.C. n'avait pas su répondre aux questions types posées à certains ressortissants de pays tiers venant dans l'espace Schengen avec un visa touristique. Elle disposait d'un planning touristique mais ne savait pas citer d'autres sites que la tour Eiffel parmi ceux qui y étaient inscrits, elle ne connaissait pas 'Notre Dame' et ne savait *a fortiori* pas qu'elle avait brûlé, elle n'était en possession d'aucun ticket acheté à l'avance, et elle ne savait pas quelle distance séparait son hôtel de l'aéroport où elle atterrissait.

Les décisions de refoulement et d'annulation du visa ont été contestées devant le Conseil du contentieux des étrangers, qui a rendu un premier arrêt en extrême urgence<sup>2</sup> dans lequel il rejette le recours. La Belgique était, à son estime, en droit de contrôler une ressortissante de pays tiers entrant pour la première fois sur le territoire Schengen afin de vérifier les raisons de son voyage, malgré qu'elle dispose d'un visa, sans que cela porte atteinte au principe de sécurité juridique. De plus, les deux décisions étaient à son sens correctement motivées.

La décision de détention a quant à elle été successivement portée à l'attention des trois juridictions susmentionnées qui se sont toutes rangées du côté de Madame N.N.C., estimant que le maintien aux frontières n'était pas suffisamment motivé.

La Cour de cassation rappelle ainsi dans son arrêt un principe essentiel, à savoir que la détention d'un étranger en vue de son refoulement n'est **pas – ne doit pas être – automatique**. Il s'agit uniquement d'une possibilité, ce qui suppose un pouvoir d'appréciation qui doit être compensé par une motivation adéquate. Si l'administration décide de placer l'étranger en détention, elle doit dès lors

---

<sup>1</sup> Merci à Mathilde Hardt, avocate partie à la cause, d'avoir attiré notre attention sur l'arrêt et précisé les circonstances de l'affaire.

<sup>2</sup> Arrêt n°233 722 du 9 mars 2020.

motiver cette décision « indépendamment des motifs que contiendraient d'autres actes, au rang desquels la décision de refoulement ».

En effet, rappelle-t-elle, « le maintien dans un lieu déterminé est non seulement soumis aux conditions prévues à l'article 74/5, §1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, [...] mais doit aussi avoir donné lieu à un **examen individualisé** de la personne, examen dont la motivation de l'acte rend ensuite compte ». La motivation ne peut dès lors se contenter d'une formule stéréotypée applicable à tout étranger susceptible d'être refoulé, mais « doit énoncer les raisons de droit et de fait qui justifient le maintien, au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce ».

## B. Éclairage

La Cour de Cassation rappelle que la détention d'étrangers qui font l'objet d'une mesure de refoulement ne peut être prononcée de manière automatique (1). L'arrêt nous permet ainsi de s'interroger sur les éléments dont doit tenir compte une motivation adéquate (2) et nous donne l'occasion de revenir sur l'étendue du contrôle que peuvent exercer les juridictions d'instruction sur la décision prise par l'administration (3).

### 1. Illégalité du séjour et détention

La détention d'un étranger en situation irrégulière peut s'envisager dans plusieurs hypothèses, que ce soit au moment de l'accès au territoire, pendant le séjour ou à la fin du séjour<sup>3</sup>. Dans le cas qui nous occupe, il s'agit de la première hypothèse : Madame N.N.C. s'est vue délivrer une décision de refoulement à la suite de l'annulation de son visa et n'a donc jamais pu entrer sur le territoire belge. Cette hypothèse est régie en droit belge par l'article 74/5, §1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la loi du 15 décembre 1980 qui se lit comme suit : « *Peut être maintenu dans un lieu déterminé, situé aux frontières [...] l'étranger qui, en application des dispositions de la présente loi, peut être refoulé par les autorités chargées du contrôle aux frontières* » (nous soulignons).

La formulation indique qu'il s'agit d'une faculté, tout comme dans les autres hypothèses où la détention d'étrangers en séjour irrégulier est autorisée par la loi. Pourtant, en Belgique, on constate depuis longtemps un recours systématique à ce moyen radical<sup>4</sup>. Et ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation rappelle qu'illégalité de séjour n'équivaut pas à détention. Dans un [arrêt du 18 décembre 1996](#)<sup>5</sup> qui concernait un candidat réfugié débouté de sa demande de protection internationale et ayant reçu un ordre de quitter le territoire alors qu'il était en procédure d'annulation devant le Conseil d'État, la Cour avait estimé que « si la décision ministérielle est légalement motivée quant à l'ordre de quitter le territoire, elle ne l'est pas quant à la décision de faire ramener sans délai le demandeur à la frontière et de le détenir à cette fin » – en bref, que « l'obligation de motivation de la détention ne se confond pas avec celle de la délivrance de l'ordre de quitter le territoire »<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> J.-Y. Carlier, S. Sarolea, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 218 et s.

<sup>4</sup> C. Morjane, « Le contrôle de la détention administrative des étrangers par les juridictions d'instruction. Un guide à l'attention des praticiens », *R.D.E.*, 2013, n° 173, p. 240.

<sup>5</sup> Pour un commentaire, voy. S. Sarolea, « La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière : de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité », *J.T.*, 1997/10, n° 5834, pp. 165-172.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 160.

## 2. Motivation adéquate

C'est parce que les autorités administratives disposent d'un pouvoir d'appréciation dans la prise d'une décision de maintien aux frontières qu'elles sont tenues de justifier leur choix d'y recourir. C'est l'obligation de motivation adéquate consacrée à l'article 62, §2, de la loi du 15 décembre 1980. La motivation ne répond pas à cette exigence si elle « ne révèle pas les raisons du choix de la mesure opérée par l'autorité compétente »<sup>7</sup>. D'application générale, la loi du 29 juillet 1991 est également pertinente en ce qu'elle requiert que les actes administratifs<sup>8</sup> soient assortis d'une motivation formelle (article 2), qu'elle définit comme « l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision » (article 3).

Cela suppose de vérifier la nécessité de recourir à la détention au regard de l'objectif poursuivi, à savoir le refoulement. La mesure de détention se justifie pour autant et aussi longtemps qu'elle assure le refoulement. Cela signifie tout d'abord que le refoulement doit être effectivement possible et que des démarches soient entreprises en vue de sa mise en œuvre. L'objectif invoqué de la détention ne doit pas être que théorique, il faut qu'il y ait une **intention réelle** de refouler l'individu et une chance réelle que cela se produise<sup>9</sup>.

Ce contrôle renvoie aux mécanismes de protection des droits fondamentaux, qui appellent un examen de **proportionnalité** de la mesure. Comme le rappelle la Convention européenne des droits de l'homme en son article 18, « [l]es restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ». Ainsi, bien que l'article 5, §1, f, de la Convention autorise la privation de liberté d'une personne dans le but de « l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours », la liberté reste le principe et la détention l'exception. Elle doit dès lors faire l'objet d'une interprétation restrictive de manière à protéger l'individu contre l'arbitraire.

Notons toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans son [arrêt Saadi c. Royaume-Uni de 2008](#) que la détention d'étrangers sur base de l'article 5, §1, f, « n'exigeait pas de motifs raisonnables de croire à la nécessité de la détention » (pt 72). Cette approche est différente de celle défendue par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies. Amené à se prononcer sur

<sup>7</sup> Mons, ch. mis. acc., 3 mai 1996, *R.D.E.*, 1996, p. 220.

<sup>8</sup> L'article 1 précise qu'un acte administratif est un « acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative ».

<sup>9</sup> Voy. le commentaire de M. Gillardin, conseiller près la cour d'appel de Mons, lors des débats parlementaires préalables au vote de la loi du 15 juillet 1996, à propos des contours du contrôle de la légalité par rapport au contrôle de l'opportunité : « si on enferme, détient ou on sollicite la détention d'une personne parce qu'on compte la renvoyer, il faut qu'effectivement cette intention de renvoyer soit présente. Cela se traduit très concrètement par un billet d'avion, par une démarche en cours, par la vérification de tous les éléments qui permettent d'apprécier qu'effectivement on a pris une mesure de détention ou on la sollicite dans le but de mettre en œuvre quelque chose de réel » (Doc. parl., Ch. repr., rapport fait au nom de la Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique par MM. Pieter de Crem et Decroly, no 364/8, audition de M. Gillardin, conseiller près la cour d'appel de Mons, au nom de l'Association syndicale des magistrats, sess. 1995-1996, p. 184, cité dans S. Sarolea, « La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière : de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité », *op. cit.*, p. 170). Voy. également l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : « it should have been sufficiently evident for the national authorities already in February and March 2015 that the applicant's removal was not practicable and would remain unlikely in view of the worsening conflict in Syria [...]. In these circumstances, it was incumbent on the domestic authorities to consider alternative measures » (S.K. v. Russia, 14 février 2017, application n° 52722/15, pt 115).



la question dans la [décision A. c. Australie de 1997](#), il a jugé « qu'il ne faut pas donner au mot « arbitraire » le sens de « contraire à la loi », mais qu'il faut l'interpréter plus largement pour viser notamment ce qui est inapproprié et injuste. De plus, la détention provisoire pourrait être considérée comme arbitraire si elle n'est pas nécessaire à tous égards, par exemple pour éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves : l'élément de proportionnalité doit intervenir ici. » (pt 9.2).

En principe, le contrôle de proportionnalité entraîne l'application d'un principe de **subsidiarité**. Usage ne devrait être fait de la privation de liberté qu'en dernier ressort, c'est-à-dire lorsqu'elle est nécessaire parce qu'aucune autre mesure moins coercitive ne peut atteindre le même but de manière satisfaisante. C'est aussi ce que prévoit la Directive 2008/115/CE de l'Union européenne (ci-après, [Directive retour](#)). Elle précise en son article 15 que les autorités étatiques peuvent avoir recours à la détention en vue d'un éloignement « [à] moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier ». La Cour de justice a eu l'occasion de réaffirmer cela dans l'[arrêt El Dridi de 2011](#) dans lequel elle explique que ce principe se traduit concrètement par une « gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé » (pt 41).

Si l'application de la Directive retour ne fait aucun doute pour les étrangers déjà présents sur le territoire<sup>10</sup>, cela est néanmoins plus compliqué quand il s'agit d'étrangers auxquels l'État refuse l'entrée sur le territoire. La Belgique a en effet opté pour la faculté d'exclusion qu'offre la Directive<sup>11</sup> en ce qui les concerne, au travers de l'article 74/10 de la loi du 15 décembre 1980. L'article en question vise néanmoins uniquement la non-application de la Directive aux « dispositions du présent Titre », au rang desquelles ne figurent pas les dispositions relatives à la détention pour les étrangers en vue de leur refoulement<sup>12</sup>. Au vu de l'objectif du législateur européen de garantir un champ d'application le plus étendu possible à la Directive, les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive et il peut dès lors être soutenu que la Directive s'applique aux mesures de détention prises à l'égard d'étrangers s'étant vu refuser l'entrée<sup>13</sup>.

Cela correspond de plus à une lecture respectueuse des droits fondamentaux prônée par la Cour de justice de l'Union européenne elle-même, dont elle (re)trace les contours à l'occasion de l'[arrêt J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie de 2016](#)<sup>14</sup>. Après avoir insisté sur le principe – similaire à celui de son homologue strasbourgeoise – selon lequel les limitations aux droits et libertés doivent être interprétées restrictivement<sup>15</sup>, elle rappelle en effet que « lorsque les dispositions d'une

---

<sup>10</sup> P. d'Huart, « Cass., 27 juin 2012, n° P.12.1028.F/3 : [Exécution d'une mesure d'éloignement, la détention doit être justifiée et décidée en dernier ressort](#) », *Cahiers de l'EDEM*.

<sup>11</sup> Cette applicabilité partielle est permise par l'article 2, §2, a), de la Directive retour : « Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers: a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre ».

<sup>12</sup> À l'exception d'une référence indirecte à l'article 74/15.

<sup>13</sup> Pour un développement (et l'origine) de cet argument, voy. J.-Y. Carlier, S. Sarolea, *op. cit.*, p. 182.

<sup>14</sup> L'arrêt portait non pas sur la Directive retour, mais sur la Directive accueil qui soumet à son article 8 la détention des demandeurs d'asile aux mêmes principes généraux.

<sup>15</sup> Voy. le paragraphe 50, qui indique que : « conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi et respecter leur contenu essentiel. Dans

directive laissent aux États membres une marge d'appréciation pour définir des mesures de transposition qui soient adaptées aux différentes situations envisageables, il leur incombe, lors de la mise en œuvre de ces mesures, non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive dont il s'agit, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celle-ci qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union » (pt 60).

### 3. Contrôle

Le contrôle qu'exerce la Chambre du conseil sur les décisions prises par l'administration en matière de détention des étrangers en vue de leur refoulement est régulé par l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980. Selon cet article, la Chambre du conseil « vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité ». La Cour de cassation rappelle dans l'arrêt qui nous occupe que « [l]e contrôle de légalité institué par l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 porte sur la validité formelle de cet acte, notamment quant à l'existence de sa motivation, quant à sa conformité tant aux règles de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne qu'à la loi du 15 décembre 1980, ainsi qu'au point de vue de la réalité et de l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative ».

Ce contrôle de légalité, à l'exclusion de l'opportunité, a suscité de nombreux débats quant à sa portée exacte. Sans revenir sur l'ensemble des débats<sup>16</sup>, nous nous limiterons à deux remarques. Premièrement, les dispositions relatives aux droits fondamentaux – et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – font partie des « règles de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne ». La Chambre du Conseil est dès lors compétente pour examiner la conformité des décisions de privation de liberté aux prescrits de ces instruments<sup>17</sup>, au cœur desquels se trouve le principe de proportionnalité. Deuxièmement, la Directive retour met en place un système de gradation qui a vocation à s'appliquer de manière uniforme sur le territoire de l'Union. Même si son applicabilité en droit belge fait l'objet de controverses, ce système devrait *a minima* servir d'exemple quant aux principes auxquels doit être soumis le contrôle d'une mesure privative de liberté.

Au fil des évolutions législatives, l'opposition entre légalité et opportunité est ainsi devenue de plus en plus désuète. Comme l'explique Sylvie Sarolea :

« Reste alors à savoir ce que pourrait recouvrir l'opportunité... Ce terme s'avère inadapté et prête à confusion s'agissant du contrôle de la détention dès lors que l'on adopte une lecture intègre de la légalité. Cette difficulté plaide en faveur de sa suppression. Le danger, en le conservant, est que les juges cèdent à la tentation de lui donner un contenu, risquant ainsi d'empiéter à leur tour sur la légalité. La hiérarchie entre le principe qu'est la liberté et

---

le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées à l'exercice de ces droits et de ces libertés que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection ».

<sup>16</sup> Pour une analyse récente, voy. C. Macq, « Cass., 6 mai 2020, P.20.0445.F : [Les règles régissant le contrôle judiciaire d'une mesure privative de liberté à l'épreuve du contexte de pandémie](#) », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2020.

<sup>17</sup> Ce qui peut l'amener à juger de la décision d'éloignement au-delà de la décision de privation de liberté, voy. P. d'Huart, « Cass., 21 mars 2012, n° P.12.0291.F : [Le contrôle de légalité de la détention couvre la conformité de l'éloignement à la C.E.D.H.](#) », *Cahiers de l'EDEM*.

l'exception qu'est la détention exclut évidemment que pour donner du sens à l'opportunité, l'on ampute la légalité du contrôle de la proportionnalité. »<sup>18</sup>

La Cour de cassation gagnerait à se montrer plus cohérente dans sa jurisprudence<sup>19</sup>. Le manque de clarté sur la répartition des compétences semble parfois rendre les juges hésitants à intervenir et les détourner de l'enjeu primordial de protection des droits fondamentaux de l'individu<sup>20</sup>.

Au final, ces débats pourraient s'accorder dans une position intermédiaire : le contrôle de la motivation circonstanciée de la décision qui, sans substituer l'appréciation du juge à celle de l'administration, permet de vérifier qu'une mise en balance des intérêts a été opérée<sup>21</sup>. L'arrêt rendu par la Cour de cassation ce 29 avril 2020 ne nous permet pas d'affirmer qu'elle irait aussi loin, mais s'inscrit en tout cas dans cette direction. L'étranger qui doit être refoulé est un homme dont les droits fondamentaux doivent être respectés ; il ne peut être placé en détention que si cela est nécessaire pour des raisons qu'il a le droit de connaître.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Cass., « N.N.C. », [29 avril 2020](#), n°P.20.0378.F.

#### Jurisprudence :

Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, 30 avril 1997, *A. c. Australie*, CCPR/C/59/D/560/1993.

Cour européenne des droits de l'homme, 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03.

CJUE, 15 février 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15 PPU.

Cour de justice de l'Union européenne, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, C-61/11 PPU.

Mons, ch. mis. acc., 3 mai 1996, *R.D.E.*, 1996, p. 220.

#### Doctrine :

J.-Y. CARLIER, S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016.

P. d'HUART, « Cass., 27 juin 2012, n° P.12.1028.F/3 : [Exécution d'une mesure d'éloignement, la détention doit être justifiée et décidée en dernier ressort](#) », *Cahiers de l'EDEM*.

P. d'HUART, « Cass., 21 mars 2012, n° P.12.0291.F : [Le contrôle de légalité de la détention couvre la conformité de l'éloignement à la C.E.D.H.](#) », *Cahiers de l'EDEM*.

C. MACQ, « Cass., 6 mai 2020, P.20.0445.F : [Les règles régissant le contrôle judiciaire d'une mesure privative de liberté à l'épreuve du contexte de pandémie](#) », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2020.

<sup>18</sup> S. Sarolea, « Cass., 10 juin 2015, n° P.15.0716.F : [Cour de cassation et contrôle de la détention : en finir avec l'opposition induite entre légalité et opportunité](#) », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2015.

<sup>19</sup> Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation à ce propos, voy. J.-Y. Carlier, S. Sarolea, *op. cit.*, p. 255.

<sup>20</sup> N. Segers, « Juridiction civiles : Garanties de l'effectivité du contrôle de légalité de la détention », *R.D.E.*, 2013, n° 173, pp. 729-730.

<sup>21</sup> J.-Y. Carlier, S. Sarolea, *op. cit.*, p. 255.

C. MORJANE, « Le contrôle de la détention administrative des étrangers par les juridictions d'instruction. Un guide à l'attention des praticiens », *R.D.E.*, 2013, n° 173, pp. 237-250.

S. SAROLEA, « Cass., 10 juin 2015, n° P.15.0716.F : [Cour de cassation et contrôle de la détention : en finir avec l'opposition induite entre légalité et opportunité](#) », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2015.

S. SAROLEA, « La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière : de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité », *J.T.*, 1997/10, n° 5834, pp. 165-172.

N. SEGERS, « Juridiction civiles : Garanties de l'effectivité du contrôle de légalité de la détention », *R.D.E.*, 2013, n° 173, pp. 721-730.

T. WIBAULT, « Le recours effectif contre la détention – Un droit fondamental », *R.D.E.*, 2013, n° 173, pp. 689-694.

**Pour citer cette note** : M. COURTOY, « Une décision de refoulement n'équivaut pas à une décision de détention : la nécessité d'un examen individuel », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2020.