

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.

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.

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.

En cette période difficile, prenez soin de vous, de vos proches et moins proches.

Sommaire

1. Comité des droits de l'enfant, Constatations relatives à la communication n° 17/2017, M.T. contre Espagne, 18 septembre 2019 – MENA : Vers l'abandon des examens médicaux de détermination de l'âge osseux ? Alfred Ombeni Musimwa3

Mineur étranger non accompagné - demandeur d'asile - examens médicaux - détermination de l'âge.

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

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



Contact :

Jean-Yves Carlier [jean-yves.carlier@uclouvain.be]
Marie Courtoy [marie.courtoy@uclouvain.be]
Jean-Baptiste Farcy [jean-baptiste.farcy@uclouvain.be]
Christine Flamand [christine.flamand@uclouvain.be]
Eleonora Frasca [eleonora.frasca@uclouvain.be]
Francesco Luigi Gatta [francesco.gatta@uclouvain.be]
Hélène Gribomont [helene.gribomont@uclouvain.be]
Luc Leboeuf [luc.leboeuf@uclouvain.be]
Matthieu Lys [matthieu.lys@uclouvain.be]
Trésor Maheshe Musole [musole.maheshe@uclouvain.be]
Emmanuelle Néraudau [eneraudau@gmail.com]
Alfred Ombeni Musimwa [alfred.ombeni@uclouvain.be]
Matthias Petel [matthias.petel@uclouvain.be]
Francesca Raimondo [francesca.raimondo@uclouvain.be]
Géraldine Renaudière [geraldine.renaudiere@uclouvain.be]
Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]
Alice Sinon [alice.sinon@uclouvain.be]
Lilian Tsourdi [evangelia.tsourdi@uclouvain.be]

L'utilisation des tests osseux dans la détermination de l'âge des mineurs étrangers non accompagnés (MENA) a longtemps été décriée à cause des marges d'erreur importantes, une fiabilité faible des résultats et des questions d'éthique. Après avoir demandé aux États de s'abstenir de recourir à de tels examens, le Comité des droits de l'enfant choisit dans cette affaire, d'ignorer les arguments de l'Espagne, qui s'obstine à pratiquer ces examens. Pour maintenir cet élan, il est opportun de trouver une méthode plus efficace de détermination de l'âge.

2. Case of *A.S.N. and others v. The Netherlands* (Application n° 68377/17 and n° 530/18) – Removal of Sikh families to Afghanistan: Religious Minority and Ill-Treatment Risk Assessment. *Francesca Raimondo*..... 11

ECtHR – Asylum seekers – Vulnerability – Freedom of religion — Removal to the country of origin – Article 3 – Ill-treatment risk assessment.

*In the *A.S.N. and Others v. The Netherlands* case, the ECtHR held that there would be no violation of Article 3 in case of removal of families belonging to the Sikh religious minority to Afghanistan. Despite the fact that the size of the Sikh community in the country is shrinking to few thousands because of their systematic exposure to discrimination with regard to employment and political representation and, more generally, to intimidation and intolerance within the Afghan society, the Strasbourg judges held that the applicants failed to reach the severity threshold in order to fall within the scope of Article 3. Therefore, the ECtHR saw no ground to depart from the conclusion reached by the Dutch authorities who retained that, even though the applicants belong to a “vulnerable minority group”, they had failed to make plausible their fear of ill-treatments upon return to Afghanistan.*

3. Conseil du contentieux des étrangers, 11 décembre 2019, n° 230 067 – Le conseil du contentieux des étrangers a tranché : le parent d'un enfant reconnu réfugié n'a pas de droit au statut de réfugié dérivé... une occasion manquée. *Christine Flamand*19

Demande d'asile conjointe d'une mère et de sa fille mineure – violences liées au genre et à l'âge – scission de l'examen des craintes – reconnaissance de statut de la fille– refus de protection pour la mère – art. 23 directive qualification – unité familiale – pas de droit explicite au statut de réfugié dérivé – renvoi au droit commun.

Le Conseil du contentieux des étrangers, en assemblée générale, décide que le mineur reconnu comme réfugié n'a pas droit à l'unité familiale avec son ascendant dans le cadre de la procédure d'asile. La crainte de persécution doit être établie individuellement, le statut de réfugié dérivé ne s'applique pas au parent du mineur. Les juges décident de sortir cette question de la protection internationale et de la transférer au droit commun des étrangers. C'est au législateur de combler le vide juridique que crée cet arrêt, en méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant.

1. COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, CONSTATATIONS RELATIVES A LA COMMUNICATION N° 17/2017, M.T. CONTRE ESPAGNE, 18 SEPTEMBRE 2019

MENA : Vers l'abandon des examens médicaux de détermination de l'âge osseux ?

Alfred Ombeni Musimwa

A. Arrêt

Pour mieux comprendre le raisonnement au fond du Comité (3), nous devons partir des faits et de la demande de l'auteur (1), ainsi que des décisions (litigieuses) des autorités espagnoles (2).

1. Résumé des faits et de la demande de l'auteur

M.T. est un ressortissant ivoirien né le 31 décembre 1999. À la suite de l'assassinat de son père, accusé par l'armée régulière de collaborer avec les milices antigouvernementales, M.T. fuit son pays et entre irrégulièrement et sans documents d'identité en Espagne le 15 janvier 2017. La police espagnole l'identifie comme majeur et l'oriente vers un centre d'accueil pour adulte¹.

En avril 2017, un cousin de Côte d'Ivoire lui ayant fait parvenir ses documents d'identité (acte de naissance, certificat de nationalité et carte d'identité avec photographie et empreintes digitales), M.T. se présente à plusieurs reprises, d'avril à juin 2017, à l'Office d'aide aux réfugiés à Madrid (ci-après : « Office ») pour présenter une demande d'asile en tant que mineur. L'Office l'informe *verbalement* qu'il ne pouvait pas introduire une demande d'asile pour deux motifs : d'abord, qu'il devait être accompagné d'un tuteur, et ensuite, que le Bureau du procureur pour les mineurs (ci-après : « le Procureur ») avait émis un décret de majorité et qu'il devait donc, s'il souhaitait introduire une demande d'asile, se déclarer en tant que majeur. Comme il n'avait que cette option, M.T. finit par déposer, en septembre 2017, une demande d'asile en tant que majeur, en donnant la fausse date du *1^{er} janvier 1999* comme date de naissance, contrairement à la date mentionnée sur ses documents d'identité et son passeport qu'il avait entretemps obtenu en juillet 2017.

En saisissant le Comité, M.T. fonde sa demande sur la violation par l'Espagne de cinq articles de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) (ci-après : « CIDE ») protégeant son droit à la non-discrimination liée à son statut de mineur étranger non accompagné (art. 2), à la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) et la [présomption de minorité](#), à la préservation de son identité comprenant son âge (art. 8), à son droit d'être entendu (art. 12), à son droit à une protection de l'État (art. 20) et, à demander une protection internationale et/ou d'entreprendre une action interne pour défendre ses droits (art. 22).

2. Décisions prises par les autorités espagnoles

La police espagnole qui avait détenu M.T. après son entrée irrégulière en Espagne n'avait pas activé le protocole relatif aux mineurs non accompagnés. Selon la police espagnole, M.T. s'était déclaré majeur à son arrivée. La police n'avait aucun doute sur le fait qu'il l'était, compte-tenu de son

¹ L'ordre d'expulsion émis contre M.T. n'avait pas été exécuté du fait qu'aucune autorité consulaire n'avait proposé de l'identifier. M.T. a donc été libéré et orienté vers le foyer pour adulte de la Croix-Rouge.

apparence physique. Cette présomption a été plus tard renforcée par un constat de falsification de l'âge sur le certificat de nationalité de M.T., l'absence de correspondance entre les empreintes digitales prélevées sur M.T. et celles de sa carte d'identité, et le manque de ressemblance entre M.T. et la photographie sur son document d'identité. Ces éléments avaient conduit le Procureur à émettre un décret de majorité. L'Office s'était par la suite fondé sur ce décret pour refuser à M.T. d'introduire une demande d'asile en tant que mineur.

Plus tard, le Procureur rejeta la demande de M.T. en révision dudit décret pour deux motifs : premièrement (le 6 juin 2017), parce que M.T. refusait, du fait que ses documents prouvaient qu'il était mineur, de se soumettre à des *tests médicaux de détermination de l'âge*² ; deuxièmement (le 6 novembre 2017), et malgré la présentation de son passeport obtenu en juillet 2017, parce qu'une procédure pénale initiée par le ministère public pour usurpation et falsification d'identité était ouverte à charge de M.T. et de trois membres de la [Fundacion Raices](#), une fondation d'accompagnement d'enfants et d'adolescents à risque d'exclusion sociale, qui le soutenait.

Le 26 février 2018, la plainte à charge des membres de la Fundacion Raices était rejetée par la Haute Cour provinciale de Madrid pour absence de preuve. Le 18 février 2019, la même Cour rejetait l'exception d'incompétence qui avait été soulevée par l'avocat de M.T. dans le but de faire juger l'affaire par un tribunal pour mineurs. Cependant, le 11 mars 2019, la Cour pénale n° 18 de Madrid, donnant raison à l'avocat de M.T., confirmait l'exception d'incompétence de la Haute Cour provinciale de Madrid de connaître d'une affaire dont l'auteur (M.T.) était mineur à l'époque des faits en avril 2017. La Cour pénale n° 18 reconnaissait ainsi la date de naissance de M.T. au *31 décembre 1999* conformément à son passeport. Cela n'a toutefois pas empêché le Comité déjà saisi de procéder à l'examen de la recevabilité de la communication.

3. Questions et procédures devant le Comité

Le Comité procède d'abord à l'examen de la recevabilité de la communication, avant tout examen au fond.

- Résumé de l'examen de la recevabilité

En réponse aux arguments d'irrecevabilité soulevés par l'Espagne au motif que les recours internes disponibles n'avaient pas été épuisés au moment de la saisine du Comité (pt. 11.2), celui-ci aboutit à la conclusion que les recours internes auxquels fait référence l'Espagne ne sauraient être considérés comme *utiles*, en arguant que : « The Committee considers that, in the context of the author's imminent expulsion from Spanish territory, any remedies that are excessively prolonged or do not suspend the execution of the existing deportation order cannot be considered effective. [...] » (pt. 12.4). Le Comité estime que M.T. a suffisamment étayé ses griefs de violation des articles 2, 3, 12, 20 et 22 de la CIDE, considère que la communication est recevable et procède ainsi à l'examen au fond.

- Résumé de l'examen au fond

Le Comité commence par examiner si l'intérêt supérieur de l'enfant a été une considération primordiale dans la procédure de détermination de l'âge subie par M.T. Il tient compte des deux

² L'avocat de M.T. qui l'accompagnait au Bureau du procureur n'avait pas été autorisé à l'assister pendant la rencontre ni lors de son transfèrement au poste de police (pt. 2.9 et 12.5).

éléments : (1) le fait que les autorités espagnoles n'ont pas permis à M.T. d'être accompagné par son avocat lors de cette procédure, ayant abouti à la délivrance d'un décret de majorité, ce qui pour le Comité, pourrait entraîner *une injustice substantielle* ; et (2) le fait que les autorités espagnoles ont rejeté les documents d'identité de M.T., y compris son passeport, sans chercher à dissiper le doute en contactant les autorités ivoiriennes. Le Comité conclut que cette procédure n'était pas assortie des garanties nécessaires et que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été pris en compte. Par conséquent, il constate une violation des articles 3 et 12 de la CIDE (pt. 13.6).

Ensuite, le Comité conclut à la violation par l'Espagne des articles 8, 20.1 et 22³ pour avoir attribué un âge et une date de naissance à M.T. contrairement à ceux figurant dans ses documents, et ; du fait qu'il n'avait pas pu demander l'asile car un tuteur ne lui avait pas été désigné, le privant ainsi de la protection spéciale et l'exposant à un risque de préjudice irréparable en cas de retour dans son pays d'origine (pt. 13.9 et 13.8).

Enfin, le Comité considère que le fait pour les autorités espagnoles de n'avoir pas appliqué les mesures provisoires demandées par le Groupe de travail des communications, agissant au nom du Comité, viole l'article 6 du [Protocole facultatif](#) (pt. 13.11). En termes de mesures provisoires (pt. 1.2), le Groupe de travail avait demandé à l'Espagne : (1) de reconnaître l'auteur comme mineur et de lui offrir la protection, (2) de lui permettre de demander l'asile par l'intermédiaire d'un tuteur ou d'un représentant légalement désigné et, (3) de l'autoriser à rester en Espagne pendant le traitement de sa demande d'asile.

B. Eclairage

La question au centre de cette affaire est celle de la détermination de l'âge d'un demandeur d'asile non accompagné (in)vraisemblablement mineur. En contexte migratoire, déterminer si une personne est mineure est fondamental, car les personnes mineures étrangères non accompagnées (ci-après : « MENA ») appartiennent à une catégorie de personnes extrêmement vulnérables nécessitant une protection renforcée de l'État⁴. Cependant, « [l]a détermination de l'âge des MENA est difficile dès lors qu'ils ne disposent que très rarement de documents probants et authentiques »⁵.

Il s'agit dans le cas d'espèce d'une personne migrante (in)vraisemblablement mineure, ayant franchi irrégulièrement les frontières d'un État, sans documents d'identité. Une première solution qui s'offre repose sur la convergence entre la déclaration de la personne migrante et l'appréciation des autorités du pays d'accueil, notamment sur base de l'apparence physique de la personne. En cas de contestation, les deux volets de cette première solution, tous deux *subjectifs*, montreraient très rapidement leurs limites et ne pourraient donc pas dissiper tout doute : c'est pourquoi les documents officiels sont privilégiés dans la détermination de l'âge. En l'absence de tels documents, ou en cas de doute sérieux quant à leur authenticité, l'Espagne – à l'instar de plusieurs autres États d'ailleurs -

³ Au regard de ces violations, le Comité ne juge plus pertinent d'examiner si les faits constituent une violation distincte de l'article 2 de la CIDE.

⁴ Pour plus de développement sur le mineur étranger et l'intérêt supérieur de l'enfant, voy. C. FLAMAND, « [Primauté du statut de l'enfant sur le statut du mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais ...](#) », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2019, p. 13.

⁵ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 531.

recourt aux tests médicaux d'analyse de l'âge osseux (1), lesquels sont, désormais, clairement découragés par le Comité (2).

1. *Derrière la question de la détermination de l'âge : l'enjeu de l'intérêt supérieur des MENA*

L'enjeu principal de la procédure interne porte sur la détermination de l'âge de M.T. Cela se justifie par les conséquences qu'une reconnaissance en tant que mineur aurait sur la suite de la procédure. En effet, si M.T. obtient l'asile en tant que MENA, cela suppose non seulement qu'il devra bénéficier de la *protection spéciale* prévue par la [Convention relative au statut des réfugiés de 1951](#) et son [protocole additionnel de 1967](#) ; mais qu'il devra également jouir du traitement spécial prévu par la CIDE, de l'[Observation générale n° 6 \(2005\)](#), et cela impliquera que la CIDE soit lue conformément à l'[Observation générale conjointe n° 4 et n° 23 \(2017\)](#) (pt. 2 et 68) du Comité des droits des travailleurs migrants et du Comité des droits des enfants sur les obligations des États en matière des droits humains des enfants en contexte migratoire⁶.

Dans le cas d'espèce, nous verrons que l'Espagne se fonderait sur une présomption de majorité des MENA pour leur demander de se soumettre aux examens médicaux de détermination de l'âge, alors que ces examens sont largement contestés pour manque de fiabilité et parce qu'ils soulèvent des questions éthiques. Cependant, l'Espagne est loin d'être le seul « mauvais élève » cherchant à contourner le droit international par le biais des tests d'analyse de l'âge osseux : il en est de même de la Belgique.

- *Des décisions guidées par une présomption de majorité*

La procédure interne révèle un certain attachement aux tests médicaux de détermination de l'âge et une préférence des autorités espagnoles à accorder à M.T. la protection internationale en tant que majeur, et pas une protection renforcée en tant que MENA.

Primo, les autorités espagnoles affirment n'avoir aucun doute sur le fait que M.T. était majeur au moment de son entrée sur le territoire espagnol (pt. 4.2 et 6.3), sur base – disent-elles – de la déclaration de M.T. et de son apparence physique (pt. 4.1). Cependant, face aux documents d'identité de M.T., le Procureur émet un doute sur l'âge et demande à M.T. de se soumettre aux examens médicaux. Ce doute en soi suffisait, conformément à l'[Observation générale n° 6](#), renforcée par la demande du Groupe de travail (pt. 1.2), à activer le protocole relatif aux MENA, et nullement à fonder, comme ce fut le cas, une preuve de majorité (pt. 2.9 et 4.4 b).

Secundo, les autorités espagnoles ne considèrent pas M.T. comme un mineur car – affirment-elles – il y a eu falsification de son âge dans ses documents (pt. 4.2 et 4.4) et parce que ceux-ci ne contiennent pas de données biométriques (pt. 4.4). S'agissant de la falsification des données d'un document officiel d'un État étranger, si nous nous fondons sur l'article 4 de la [loi espagnole sur les droits des étrangers](#) et le §4° de la [doctrine jurisprudentielle espagnole du Tribunal suprême](#), qui reconnaissent comme preuve autorisée de l'identité d'un étranger *les documents qui lui ont été délivrés par les autorités de son pays d'origine*, sans condition de biométrie (pt. 7.8), un document

⁶ Il sied de souligner que de neuf traités de base des Nations Unies en matière de droits humains, la [Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille \(1990\)](#) est l'unique instrument que l'Espagne, comme les autres États membres de l'Union européenne, n'a ni signé, ni ratifié à ce jour.

officiel considéré comme peu fiable ne devrait pas automatiquement donner lieu à des tests médicaux (contrairement à ce que la doctrine jurisprudentielle espagnole du Tribunal suprême laisserait penser). Il existerait *dans pareil cas* la possibilité pour l'État d'accueil, à l'occurrence l'Espagne, de faire authentifier le document litigieux par les autorités du pays d'origine. C'est d'ailleurs dans le même sens que le Comité rappelle que la charge de la preuve est partagée (pt. 13.4).

Concernant la biométrie, même si le Comité ne s'y attarde pas, l'Espagne ne conteste pas le fait que le Procureur (pt. 5.6 et 7.2), l'Office (pt. 5.7) et la Haute Cour provinciale de Madrid (pt. 10.1) étaient au courant de ce que M.T. était en possession d'un passeport dès juillet 2017, donc bien avant la communication des observations du 14 mars 2018 de l'Espagne au Comité, dans lesquelles l'État espagnol affirmait que la présentation d'un document d'identité original comportant des données biométriques sur l'âge amènerait le Procureur à réviser un décret de majorité (pt. 6.2). De plus, l'Espagne savait, ou aurait dû savoir, que le passeport que M.T. avait à plusieurs reprises présenté aux autorités espagnoles était biométrique, comme cela est d'ailleurs [le cas pour tous les ressortissants ivoiriens depuis plus de dix ans](#).

- *Une pratique des États (européens), dont la Belgique*

Plusieurs États recourent à des examens médicaux d'analyse de l'âge osseux dans la détermination de l'âge des (présumés) MENA. Ces examens comprennent la radiographie du poignet gauche (23 États), de la clavicule (15 États), le panoramique dentaire (17 États) et/ou l'examen dentaire (14 États). D'autres États (12 États) recourent à des estimations fondées sur l'apparence physique⁷ (*N.B.F. contre Espagne*, 2018, §8.3).

En novembre 2017, le Comité adoptait une position contre l'utilisation des examens médicaux dans la procédure d'asile : « Les États devraient s'abstenir d'utiliser des méthodes médicales fondées, notamment, sur les analyses osseuses et dentaires, qui peuvent être imprécises, comporter de grandes marges d'erreur, et peuvent aussi être traumatisantes et entraîner des procédures juridiques inutiles » (*Observation générale conjointe n° 4 et n° 23*, §4). Précédemment, le Parlement européen déplorait, au §15 de la [résolution sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'UE](#), « le caractère inadapté et invasif des techniques médicales utilisées pour la détermination de l'âge dans certains États membres, parce qu'elles peuvent occasionner des traumatismes et parce que certaines de ces méthodes, basées sur l'âge osseux ou sur la minéralisation dentaire, restent controversées et présentent des grandes marges d'erreur [...] ».

Cependant, la Belgique tout comme l'Espagne, ne fait pas exception à la pratique ainsi que cela ressort de l'article 7 §1^{er} de la [loi-tutelle](#) qui stipule que : « Lorsque le service des Tutelles ou les autorités compétentes en matière d'asile, d'accès au territoire, de séjour et d'éloignement ont des doutes concernant l'âge de l'intéressé, il est procédé immédiatement à un test médical [osseux] par un médecin à la diligence dudit service afin de vérifier si cette personne est âgée ou non de moins de 18 ans [...] ». En outre, les documents d'identité, y compris ceux d'état civil et le passeport original authentifié, indiquant la minorité d'âge (des MENA) sont régulièrement écartés sans justification

⁷ Voir aussi, D. BUSIER, « [Evaluation psychosociale de l'âge au Royaume Uni](#) », *RMF* 52, mai 2016, p. 87.

objective du doute⁸, et l'article 28 du [Code de droit international privé](#) ne semble pas être respecté. La Belgique recourt au triple tests médicaux de la radiographie des dents, du poignet et de la clavicule, pourtant mis en cause par le Comité, le Parlement européen, l'[Ordre national des médecins](#), et la littérature de nombreux scientifiques⁹.

2. Pour une procédure adéquate de détermination de l'âge des MENA

Certes, le recours aux examens médicaux de détermination de l'âge est répandu dans de nombreux États. Cependant, même si la décision du Comité marque une r-évolution, elle serait difficilement généralisable et applicable dans des nombreux États où une procédure efficace de substitution ne serait pas mise en place.

- Une r-évolution pratiquement récente

Jusqu'en novembre 2017, la position du Comité sur les procédés de détermination de l'âge des MENA n'était pas précise. Le paragraphe 31 de l'[Observation générale n° 6 \(2005\)](#) est aussi générique que imprécis sur la question, et n'interdit pas formellement un quelconque test médical. Le travail de concert avec le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a marqué un tournant sur la question, puisqu'il a abouti à demander expressément aux États de « s'abstenir de recourir à des méthodes médicales fondées, notamment, sur les analyses osseuses et dentaires [...] » ([Observation générale conjointe n° 4 et n° 23](#), §4).

En application de cette r-évolution, le Comité, tout en notant l'argument de l'Espagne fondé sur le refus de M.T. de se soumettre aux examens médicaux de détermination de l'âge (pt. 13.4 c), choisit tout simplement de n'y prêter aucune attention, démontrant ainsi que l'argument n'a (plus) aucune pertinence juridique pouvant justifier un examen. Dans le même ordre d'idée, l'attention portée par le Comité aux documents de M.T. est aussi intéressante (pt. 13.4). En effet, il accorde le crédit de validité à tout document *disponible* sans condition de biométrie, avec des conséquences importantes pour le partage de la charge de la preuve : il revient au MENA d'apporter les documents disponibles prouvant sa minorité, et c'est à l'État qui en conteste la véracité, non pas d'y apporter prioritairement la preuve contraire, mais d'en établir préalablement l'authenticité.

- Une décision difficilement généralisable

Aux yeux du Comité, la détermination de l'âge des MENA au moyen des méthodes médicales d'analyses osseuses n'a plus de valeur juridique. Cependant, le Comité se réserve le droit de se prononcer sur une quelconque méthode de substitution au cas où, face à un doute sérieux, il n'existerait pas de documents établissant incontestablement l'âge de la personne. Il se limite à souligner qu'« [i] est impératif de prévoir une procédure régulière pour déterminer l'âge d'une personne, ainsi que la possibilité de contester le résultat par le biais d'une procédure d'appel » (pt. 13.3). Cette réserve du Comité est triplement compréhensible : (1) le Comité n'est pas un législateur international, (2) il n'existe pas de règles ni d'accords communs concernant la détermination de l'âge

⁸ K. FOURNIER, *L'estimation de l'âge des MENA en question : problématique, analyse et recommandations*, Plate-forme mineurs en exil, Septembre 2017, p. 13.

⁹ European Asylum Support Office, *Age assessment practice in Europe*, Décembre 2013. Voir aussi l'article de Patrick Chariot (médecin légiste et professeur de médecine légale à l'Université Paris 13), « [Quand les médecins se font juger : la détermination de l'âge des adolescents migrants](#) », *Chimères 2010/3*, n° 74, particulièrement les pages 104 à 107. Voir également, K. FOURNIER, *op. cit.*, p. 26.

dans les États parties à la CIDE, et (3) le Comité était appelé à se prononcer sur un cas spécifique. Cela a pour implication que le raisonnement du Comité est difficilement généralisable, notamment au cas de la personne qui ne présenterait aucun document valide.

Cependant, cette décision envoie la balle dans le camp des États parties : à eux de trouver une *procédure régulière de détermination de l'âge* plus efficace que les examens médicaux, et donc, une méthode respectueuse, à tous égards, des droits fondamentaux conventionnels. Une des pistes qu'il faudrait explorer s'inspirerait du modèle holistique d'évaluation de l'âge mis en place par le Collège royal de pédiatres en Grande Bretagne¹⁰, mais surtout de l'*évaluation holistique australienne du Royal Childrens's Hospital Melbourne*, au(x)quel(s) devrait s'ajouter une coopération administrative, judiciaire et médicale entre l'État de destination et l'État (supposé) d'origine (et peut-être aussi l'État de transit, si nécessaire) de façon à répondre à l'impératif, largement partagé dans la communauté scientifique en général et médicale en particulier, d'avoir accès aux enregistrements des naissances du pays d'origine et/ou une comparaison avec « un groupe de référence scientifiquement fiable »¹¹.

3. Conclusion

Cette décision a certes le mérite de faire remarquer aux États l'impertinence des arguments fondés sur les examens médicaux d'analyses osseuses pour la détermination de l'âge d'une personne prétendant être mineure. Cependant, sans alternative crédible, les États seraient toujours tentés d'y recourir : le débat n'est donc pas clos ! En attendant que les États trouvent une (nouvelle) procédure régulière efficace de détermination de l'âge d'une personne, ils devront, sous peine d'être condamnés par le Comité, accorder tout le crédit possible aux documents (et aux déclarations) présentés par les personnes prétendant être des MENA. En cas de doute *sérieux*, le Comité attend des États une proactivité dans la recherche des preuves et non un déploiement d'efforts visant à débouter les MENA. Une telle proactivité n'est possible qu'en établissant une coopération migratoire ambitieuse entre les pays d'origine, de transit et de destination.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Comité des droits de l'enfant, Constatations relatives à la communication n° 17/2017, *M.T. contre Espagne*, 18 septembre 2019.

Jurisprudence : Comité des droits de l'enfant, Constatations relatives à la communication n° 11/2017, *N.B.F. contre Espagne*, 27 septembre 2018.

Doctrine :

- C. Flamand, « *Primauté du statut de l'enfant sur le statut du mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais ...* », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2019.
- J.-Y. Carlier et S. Sarolea, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016.
- K. Fournier, *L'estimation de l'âge des MENA en question : problématique, analyse et recommandations*, Plate-forme mineurs en exil, Septembre 2017.

¹⁰ K. FOURNIER, *Op. cit.*, p. 26.

¹¹ *Ibid*, p. 19.

Autres sources :

- D. Busier, « [Evaluation psychosociale de l'âge au Royaume Uni](#) », *RMF* 52, mai 2016.
- European Asylum Support Office, *Age assessment practice in Europe*, Décembre 2013.
- P. Chariot, « [Quand les médecins se font juger : la détermination de l'âge des adolescents migrants](#) », *Chimères* 2010/3, n° 74, 2010.

Pour citer cette note : A. OMBENI MUSIMWA, « MENA : Vers l'abandon des examens médicaux de détermination de l'âge osseux ? », *Cahiers de l'EDEM*, Avril 2020.

2. CASE OF A.S.N. AND OTHERS V. THE NETHERLANDS (APPLICATION N° 68377/17 AND N° 530/18)

Removal of Sikh families to Afghanistan: Religious Minority and Ill-Treatment Risk Assessment

Francesca Raimondo

A. Facts and Ruling

On 25 February 2020, the European Court of Human Right (hereinafter ECtHR or the Court) rejected the joint application of two Afghani families who applied for asylum in the Netherlands on the basis of the risk of ill-treatments of Sikh people in Afghanistan. The case put forward two crucial issues: first of all, the importance of clarifying the distinction between persecuted groups and vulnerable groups as well as the threshold of proof required to fall within one or the other category; secondly, how to assess and address the risk of persecution with regard to persons that belong to a group recognized as *vulnerable* in the national asylum policy, such as Afghan Sikhs in the Netherlands, but who fail to reach the severity threshold in order to fall within the scope of Article 3 of the [European Convention of Human Rights](#) (hereinafter ECHR or the Convention), which has been consistently interpreted by the ECtHR as implicitly implying the principle of *non-refoulement*. The ECtHR saw no ground to depart from the conclusion reached by the national authorities, who are entrusted with a wide margin of appreciation with regard to the assessment of the specific characteristics required to establish the risk of persecution for members of vulnerable groups.

1. The facts and the decisions of the Dutch authorities

The applicants alleged that their removal to Afghanistan would violate their right to life under Article 2 of the ECHR and expose them to a real risk of ill-treatments in breach of Article 3 ECHR.

Application no. 68377/17 (husband and wife on behalf of their two children, both minors) concerns a request for asylum rejected by the Dutch authorities on account of the lack of credibility of the applicants' fear of persecution. They claimed that the wife's sister had been kidnapped on her way from the *Gurdwara* (the Sikh temple) and that the whole family had been victim of aggression and threats because of their religion. The Dutch authorities rejected their asylum applications on the ground, namely, that they failed to establish that they had left the country recently and that they still feared persecution in Afghanistan. Moreover, with regard to the risk of ill-treatment in breach of Article 3, the Dutch authorities held that their hometown, Kabul, was not "the most extreme case of general violence" and that, even though the applicants belong to a "vulnerable minority group", under Netherlands asylum policy, "they had failed to make plausible their fear of treatment contrary to Article 3 of the Convention by not submitting 'specific individual characteristics' (...) nor had it transpired that human rights violations had occurred in their 'immediate circle'" (para. 21).

Application no. 530/18 (father, mother, two children, both minors, and the children's grandmother) was also rejected on account of a lack of credibility. The applicants claimed to have fled the country after three people forced their way into their home. The intruders had beaten the grandmother's husband, who died later, and attempted to kidnap the mother. They also claimed to have been constantly subjected to abuse and harassment because of their adherence to the Sikh religion. As was the case with application no. 68377/17, the Dutch authorities contended that the applicants had

left Afghanistan for a protracted period of time before requesting asylum. Even though they unequivocally displayed the linguistic characteristics of Afghans, knowing both Punjabi, but also Dari as well as Pashtu in the case of the father, they did not appear to have an up-to-date and wide knowledge of the country. Moreover, the Dutch authorities held that the events that pushed the family to leave the country were full of contradictions and inconsistencies. Therefore, even though it was believed that the applicants were Afghan Sikhs, a vulnerable minority group under Netherlands asylum policy, they had failed to make plausible their fear of ill-treatment because their “asylum requests included neither ‘specific individual characteristics’ nor circumstances experienced by others as Sikhs in their ‘immediate circle’” (para. 46).

2. The ECtHR decision: vulnerable groups v. compelling humanitarian grounds against removal

The ECtHR held, by four votes to three, that the removal of the applicants to Afghanistan would not amount to violation of Article 3 of the Convention. The Court based its decision on three main points.

First of all, the Court confirmed its earlier case law on removal of Afghans (most notably *H. and B. v. the United Kingdom*, Application nos. 70073/10 and 44539/11). It held that, even though Afghanistan is a country that is still affected by a non-international armed conflict, the general security situations is not such that a general risk of ill-treatment, in breach of Article 3 of the Convention, exists for all persons returned there. In addition, the Strasbourg judges acknowledge that Sikhs in Afghanistan represent a group which is often discriminated against in many ways and situations, in particular, with regard to employment and political representation and, more generally, to societal ill-treatments, harassment, intimidation and intolerance, which some sources attribute to Muslim extremism. However, having regard to the efforts carried out by the Afghan authorities in favor of the Sikh minority – police protection during funeral ceremonies, land for a cremation site, possibility to build places of worship – the Court held that Sikhs in Afghanistan are not systematically exposed to ill-treatments. As a result, it depends entirely on the circumstances of the individual case at stake – defined by the Court as “further special distinguishing features of the applicants” – to establish if an Afghan Sikh may or may not have international protection needs.

Second, in establishing whether the applicants fulfill the special distinguishing features test, the Court, on the one hand, underlined that past ill-treatments is a strong indication of future risks of treatment contrary to Article 3 and, on the other hand, noted that the Deputy Minister of Security and Justice found the applicants’ stories to lack credibility. In order to solve this issue, the Court relied on the general principle that the national authorities are best placed to assess both the facts and the credibility of the applicants because they have the “opportunity to see, hear and assess the demeanour of the individuals concerned” (para. 116). Therefore, given that the applicants’ case had been thoroughly examined by domestic authorities at different levels and that they have highlighted the lack of credibility of the applicants’ stories’, the ECtHR saw no ground to depart from their conclusion.

Third, with regard to the foreseeable consequences of returning the applicants to Afghanistan, the Court first specified that the absence of past ill-treatments does not automatically mean that there would not be such a risk in the future. It concluded that the applicants had not established substantial grounds for believing that, in case of removal, they would be exposed to a real risk of being subjected

to treatment in breach of Article 3. The Strasbourg judges reiterated that, in general, Sikhs in Afghanistan could not be considered a group systematically exposed to an ill-treatment practice. With regard to the applicants' individual situation, the Court held that the severity threshold – needed to be met in order to fall within the scope of Article 3 – had not been satisfied. The absence of contact with persons in Afghanistan and the lack of accommodation, employment and adequate healthcare if returned (circumstances which were not taken into account by the Dutch authorities in their assessment) were insufficient to meet the Article 3 threshold. Furthermore, the humanitarian grounds against removal were not compelling enough.

B. Discussion

1. *Freedom of religion in Afghanistan and fear of persecution upon return*

Afghanistan is an Islamic Republic and the central role of religion is clearly stated in the first articles of the [Constitution](#) that sets out that Islam is the official religion of the State (Article 2) and that “no law shall contravene the tenets and provisions of the holy religion of Islam in Afghanistan” (Article 3). The Constitution furthermore provides that the courts should follow the [Hanafi jurisprudence](#) – one of the four major schools of Sunni Islamic jurisprudence – if, in the cases under consideration, there is neither provision of the Constitution nor other laws that could be applied (Article 130). Moreover, with regard to the amendments to the Constitution, Article 149 states that “[T]he principle of adherence to the tenets of the Holy religion of Islam as well as Islamic Republicanism shall not be amended”. However, the Constitution also specifies in the second half of Article 2 that “followers of other faiths shall be free within the bound of law in the exercise and performance of their religious rituals”. [The Afghan Penal Code](#) punishes those who prevent a person from conducting their religious rituals or rites, damage a place of worship or attack a follower of any religion. Notwithstanding these provisions, non-Muslim minority groups in Afghanistan – converts, apostates, (converted) Christians, Baha'i, Hindu and Sikhs – cannot truly practice their faith openly. They suffer enormous discrimination both under the law (as mentioned, the Hanafi jurisprudence is used as a means of last resort) but especially because they are victims of harassment, intimidation and violent attacks, as underlined by reports from other States, agencies of the United Nations and European Union (such as [UNHCR](#) and [EASO](#)) and NGOs, including Amnesty International and Human Rights Watch.

Indeed, Hindu and Sikhs are among the religious groups that are particularly at risk in Afghanistan, as witnessed by a large number of them leaving the country. The [UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Afghanistan of August 2018](#) reports that the current number of Sikh and Hindus in the country is estimated to be between 180 and 200 families. Those who still live in the country encounter discrimination, intimidation and intolerance both on the part of the State (for example: in political representation, in government employment and in access to justice, in particular, with regard to illegal occupation and appropriation of Sikh properties) and within their social life, mainly by extremist members of the Muslim community. Many Sikh schools have been closed and children attending government schools are reported to be subjected to harassment and bullying by other students. Some Sikhs are reported to dress as Muslim in order to avoid harassment due to their distinctive religious headdress. Furthermore, Sikhs have encountered attacks during their religious ceremonies in funerals, which require police protection, since cremation is not allowed in Islam and, more generally, they choose

to celebrate their religious festivals, such as Diwali, discretely, since grand celebration of their faith can be dangerous. In addition, given the general situation of Afghanistan and the lack of employment opportunities, Sikhs are unable to earn a living and they have to live in the *Gurdwara* where, in accordance with the Sikh and Hindu traditions, people can find hospitality, food aid and shelter. As a result, the *Gurdwara* themselves are less able to provide adequate support.

[UNHCR Guidelines on international protection concerning religious-based refugee claims](#) define these kind of claims as “among the most complex” ones (para. 1). There is no universally accepted definition of religion and, as a result, refugee claims based on religion may overlap with other ground(s) of the refugee definition and could entail issues that involve religion as belief, identity or way of life. Each claim shall be assessed on the basis of an individual examination that not only includes the personal experience of the claimant, but also those of relatives, friends or other members of the religious group. Even though mere membership of a particular religious group is usually not enough to substantiate a claim to refugee status, in some circumstances membership itself could represent a sufficient ground, in particular when taking into account “the overall political and religious situation in the country of origin, which may indicate a climate or genuine insecurity for the members of the religious community concerned” (UNHCR Guidelines, para. 14). This appears to be the case of Sikhs in Afghanistan because they are not only discriminated on the ground of their religious practices but, more generally, they face discrimination, intimidation and intolerance both on the part of the State and within the larger societal relations to the points that they have been forced to flee the country in the last few decades.

Notwithstanding the abuse suffered by Sikhs in Afghanistan, it should be underlined that the ECtHR would not have been able to declare a breach of Article 9 of the Convention that enshrined the freedom of thought, conscience and religion, without modifying its previous case-law. As has been established by the Strasbourg judges in the *Z. and T. v. United Kingdom case (Application no. 27034/05)* – concerning two Pakistan Christian asylum seekers that alleged a breach of Article 9 in case of expulsion to their country of origin after the UK’s refusal to grant the asylum – the Convention does not impose on the Contracting States to become the “indirect guarantors of freedom of worship for the rest of world”.

2. Removal to the country of origin and risk of ill-treatment assessment: the limits of the “limited indications” test

Under the [Netherlands Aliens Act 2000](#), a temporary residence permit for the purpose of asylum may be issued to aliens who are refugees, within the meaning of the [1951 Refugee Convention](#), or who make a plausible case that there are serious grounds to believe that they will face a real risk of being subjected to serious harm if expelled. Asylum-seekers shall base their asylum requests on circumstances which constitute a legal ground for such a permit, by themselves or in combination with other facts. However, the assessment of those facts and, eventually, the grant of the residence permit are subject to the condition that the applicant’s statements are considered to be credible. The burden of proof with regard to the veracity of the story is placed upon asylum-seekers who must provide documents or, if documents cannot be produced, credible statements to support their claim.

According to Dutch law, the Deputy Minister responsible for immigration may establish country-specific asylum policies, based on country-of-origin information, and conclude that a specific country

is faced with such an exceptional situation of violence and human rights violations that any individual is at risk of being exposed to treatments contrary to Article 3 of the Convention or Article 15(c) of the [EU Qualification Directive](#). Moreover, the Deputy Minister may designate so-called “at-risk groups” or “vulnerable minority groups”. The former category includes groups whose members are victims of persecution, including those who do not face systematic persecution. A “vulnerable minority group”, on the other hand, differs to at-risk groups for two main reasons: first, vulnerable minority groups face arbitrary violence and human rights violations such as murder, rape and ill-treatments occurring in the country or in a particular area of the country; second, careful attention shall be given to the extent to which people belonging to such groups are able to protect themselves against the risks of violence and human rights violations or to avoid those risks by settling elsewhere.

For the purpose of applying for asylum, it is not necessary that members of a vulnerable minority group demonstrate that they *personally* experienced human rights violations. Instead, it is sufficient that those violations have been committed towards other members of the vulnerable minority group in the applicant immediate circle, even after the asylum seeker has left the country. In other words, merely belonging to vulnerable minority group is not sufficient to obtain asylum without “limited indications” of a fear of serious harm. Nevertheless, no asylum residence permit could be issued if a person that belongs to a vulnerable minority group has left the country long *before* the human rights violations occurred. Moreover, the “limited indications” test is also achieved in the case of human rights violations that are not sufficiently serious to breach Article 3 – such as physical violence, kidnapping, light prison sentence, intimidations – but may constitute a violation of that provision if they are repeated or inflicted in conjunction with other human rights violations. In sum, ill-treatments of the asylum-seekers can be considered as “limited indications” if they attain a minimum level of severity and are in breach of Article 3 of the Convention in respect of their repeated nature or their interaction with other human rights violations.

In the Netherlands, the country-specific asylum policy on Afghanistan does not mention any group that has been systematically exposed to persecution. However, Afghans who adhere to another religion than Islam, such as Sikhs, are considered a vulnerable minority group regardless of the area they came from, given that they encounter societal discrimination, obstacles to their educational and economic opportunities and a lack of adequate legal protection.

Nevertheless, in the present case, even though the applicants belong to a religious minority group that is considered to be vulnerable under the Dutch asylum policy, they failed to establish “specific individual characteristics” and human rights violations that would have occurred in their immediate circle. They did not meet the “limited indications” test and, as a result, the Dutch authorities concluded that there was no risk of violation of Article 3 upon return to Afghanistan.

However, the applicants underlined that, even if they left the country earlier than claimed and the international protection was not going to be granted in the Netherlands, the national authorities did not adequately assess the foreseeable consequences of discrimination and ill-treatments on grounds of their religion that would ensue if return to Afghanistan were carried out.

The Grand Chamber of the Court had previously decided, with reference to Article 3 of the Convention, on a case of an Iranian who, converted to Christianity, claimed asylum in Sweden and argued that return to his country of origin would expose him to a risk of ill-treatments on account of

his political past and his conversion to Christianity (*F.G. v. Sweden*, Application no. 43611/11). The Strasbourg judges stated that Contracting States must perform a *rigorous* assessment of the “foreseeable consequences of the applicant removal to the country of destination, in the light of the general situation there and of his or her personal circumstances” (para. 114). The Court emphasized the importance of such risk assessment “considering the absolute nature of the rights guaranteed under Article 2 and 3 of the Convention, and having regard to the position of vulnerability that asylum-seekers often find themselves in” (para. 127). Therefore, in the *F.G. v. Sweden* case the Court unanimously held that, given that the Swedish authorities had not carried out an *ex nunc* assessment of the consequences of the applicant’s conversion, his removal to Iran would constitute a violation of Articles 2 and 3 of the Convention.

In the case under discussion, the ECtHR has adopted a procedural approach and has not given particular attention to the notion of *vulnerable group*, even though this concept is used in the Dutch asylum policy under scrutiny and that *vulnerability* is acquiring greater relevance in the case-law of the ECtHR. The Strasbourg Court has adopted a group-based approach to vulnerability and, stemming from the leading case *M.S.S. v. Belgium and Greece* (Application no. 30696/09), has included also asylum seekers among groups that can be considered vulnerable.

The Strasbourg judges submitted that the Dutch authorities have correctly assessed the credibility of the applicant (“[T]he Court – reiterating that it is not its task to substitute its own assessment for that of the domestic courts (...) – sees no grounds to depart from the conclusions drawn by the domestic authorities as to the lack of credibility of the applicants’ accounts (...) which conclusions were reached following a thorough examination and set out in decisions containing rational grounds that the Court has no reason to doubt” (para. 117)). Unlike the Swedish authorities in the *F.G. v. Sweden* case, the authorities have correctly carried out the assessment of the risk of being tortured or subjected to inhuman or degrading treatment or punishment, in breach of Article 3 of the Convention.

Conversely, in their joint partly dissenting opinion, Judges Lemmens, Vehabović and Schukking underlined that the risk assessment carried out by the Dutch authorities did not satisfy the procedural requirement under Article 3 of the Convention. More specifically, they advanced that the country-specific asylum policy of the Netherlands is *nuanced* and that, in the case at hand, it had been applied in a manner that precluded some of the applicants’ arguments from being adequately scrutinised in the asylum proceedings, such as “[F]act-specific factors that are not related to past ill-treatment but which have been put forward by the individual in support of his or her claim of future ill-treatment” (para. 7). Instead, as highlighted by the three judges, being the assessment of the applicants’ claims, at the domestic level confined to the question whether the criteria set out in country-specific asylum policy had been fulfilled (para. 123) appeared to be not in line with “the rigorous scrutiny referred to in the case-law of the Court” that “entails a thorough assessment taking into account of all the information brought to the authorities’ attention and relating to the situation in which the individual is likely to find him- or herself upon return” (para.7).

3. Conclusion

The partly dissenting opinion of the Judges highlighted that “although a number of individual factors may not, when considered separately, constitute a real risk, the same factors may give rise to a real risk when taken cumulatively and when considered in a context of general violence and heightened

insecurity” (para. 4). Indeed, this appears to be the case for Sikh Afghans who, if returned to their country of origin, would find themselves in a war-torn country, with Islam as a State religion and where Sikh adherents, now reduced to a few thousands, face grave economic and social difficulties with regard to suitable housing, employment and schooling. As underlined in many reports on Afghanistan, the situation of Sikhs in the country has deteriorated over the years and even though there is no State persecution of Sikhs, their situation is not improving and the size of the Sikh population has drastically declined.

In addition, and with due respect, the Strasbourg judges have not sufficiently weighed the vulnerability of the applicants as asylum-seekers themselves against their vulnerability as a religious minority that has suffered discrimination and harassment over the past several decades. Even though single episodes may not constitute a real risk of ill-treatment if taken separately, they could lead to a real risk if taken cumulatively. Furthermore, it is argued that the Court has not given enough attention to the fact that minor children and an elderly person – the grandmother who is in need of specific health assistance – were members of the applicants’ families and that they belong to two further vulnerable groups themselves, who are in need of special protection. The minor children and grandmother face particular risks in case of removal, most notably with regards to their enjoyment of other fundamental rights, including the right to education and the right to health.

C. Suggested Reading

To read the case : ECHR, 25 February 2020, *A.S.N. and Others v. The Netherlands*, Applications nos. 68377/17 and 530/18.

Case law :

ECHR, 9 April 2013, *H. and B. v. the United Kingdom*, Applications nos. 70073/10 and 44539/11.

ECHR, 28 February 2006, *Z. and T. v. United Kingdom*, Application no. 27034/05.

ECHR [GC], 23 March 2016, *F.G. v. Sweden*, Application no. 43611/11.

ECHR [GC], 21 January 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09.

Doctrine :

P. Annicchino, «[The Persecution of Religious and LGBT Minorities and Asylum Law: Recent Trends in the Adjudication of European Supranational Courts](#)», *European Public Law*, Volume 21, Issue 3, 2015, pp. 571-590.

M. Abu Salem, N. Fiorita, «[Protezione internazionale e persecuzione per motivi religiosi: la giurisprudenza più recente](#)», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 37/2016, 21 novembre 2016, pp. 1-20.

L. Peroni and A. Timmer, «[Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law](#)», in *I•CON*, Vol. 11 No. 4, 2013, pp. 1056-1085.

Y. Al Tamimi, «[The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights](#)», in *Journal européen des droits de l’homme*, 2016/5, pp. 561-583.

To cite this contribution : F. RAIMONDO, «Removal of Sikh families to Afghanistan: Religious Minority and Ill-Treatment Risk Assessment», *Cahiers de l'EDEM*, April 2020.

3. CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS, 11 DECEMBRE 2019, N° 230 067

Le conseil du contentieux des étrangers a tranché : le parent d'un enfant reconnu réfugié n'a pas de droit au statut de réfugié dérivé... une occasion manquée

Christine Flamand

A. Arrêt

La requérante est de nationalité guinéenne et est arrivée seule en Belgique en janvier 2018, où elle introduit une demande d'asile. Elle est enceinte d'un troisième enfant dont elle accouche au mois de mars de la même année.

Elle déclare avoir fui son pays d'origine parce que sa belle-famille lui en voulait de ne pas faire exciser sa fille ainée, restée en Guinée avec son père. Sa belle-famille lui reprochait d'avoir manipulé son mari, qui la soutenait dans ce refus, et souhaitait lui trouver une autre femme. Elle invoque également une crainte de voir sa fille, née en Belgique, subir une excision en cas de retour en Guinée.

Le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (ci-après : CGRA) procède à un examen distinct des craintes de l'enfant et de sa mère. Il accorde le statut de réfugié à l'enfant née en Belgique en raison du risque élevé d'excision en cas de retour en Guinée. Il refuse le statut de réfugié à la mère, estimant que celle-ci n'a pas de crainte propre de persécution. D'une part, sa crédibilité est remise en cause, ayant été imprécise sur les documents l'ayant menée à fuir son pays (passeport et visa). D'autre part, la gravité des persécutions subies est remise en cause (une gifle et le souhait de la belle-famille de trouver une autre femme pour son mari). Le CGRA estime en outre que le fait qu'elle soit le parent d'une fille reconnue réfugié ne lui donne pas le droit au statut de réfugié dérivé. Le CGRA rejette le principe de l'unité familiale en phase ascendante, dès lors que la mère n'est pas à charge de sa fille.

Dans le cadre du recours contre la décision de refus de reconnaissance de statut du CGRA à la mère de l'enfant, le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après : CCE) décide de renvoyer l'affaire en assemblée générale pour statuer sur le cas de la requérante.

Le Conseil juge, quant au droit à l'unité de la famille, que la [Convention de Genève](#) ne consacre pas expressément le principe de l'unité familiale et que les recommandations du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après : HCR) figurant dans [l'Acte final de la Conférence de Plénipotentiaires des Nations Unies](#) sur le statut des réfugiés à ce sujet ne possèdent aucune force contraignante (pts. 5 à 7). Il estime que ces sources se bornent à constater la possibilité d'octroyer un statut dérivé à des ascendants ou à des descendants, sans qu'il puisse y être vu l'indication d'une norme imposant aux États parties de s'y conformer (pt. 8). Il considère que l'article 23 de la [directive qualification](#) n'impose pas aux États membres d'octroyer aux membres de la famille du bénéficiaire d'une protection internationale le même statut qu'à ce dernier (pt. 9). Il ajoute que si la Cour de justice a, dans l'arrêt [Ahmedbekova](#), jugé que l'article 23 doit être interprété en ce sens qu'il permet à un État membre de prévoir des normes plus favorables de telle sorte que la protection internationale pourrait s'étendre à d'autres membres d'une famille, cette possibilité ne saurait

suffire à créer un droit dont les personnes pourraient se réclamer alors même que l'État n'en aurait pas fait usage, ce qui est le cas de la Belgique (pt. 10). Il conclut que le statut de réfugié ne peut bénéficier à la mère de l'enfant « en l'absence d'une norme supérieure imposant aux États parties de s'y conformer » (pt. 14).

En ce qui concerne le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, le Conseil « n'aperçoit pas en quoi la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ou le respect de la vie privée et familiale suffirait à ouvrir au mineur membre de la famille d'un bénéficiaire d'une protection internationale un droit à bénéficier du même statut que ce dernier (pt. 12) ».

Le Conseil estime qu'en raison d'invéraisemblances et de contradictions dans le récit de la requérante, il estime non crédibles les faits qu'elle relate pour justifier sa crainte de persécution, liée à son opposition à l'excision de sa fille aînée, restée en Guinée. À supposer ces faits établis, il considère que la requérante pourrait, avec l'aide de son époux, faire face à sa belle-famille et que les agissements des membres de sa belle-famille ne sont pas suffisamment graves pour être qualifiés de persécutions ou d'atteintes graves. Quant à sa crainte individuelle, la requérante ne soutient pas que sa propre excision induirait dans son chef une crainte fondée de persécution (pt. 16).

Par conséquent, le Conseil conclut à la confirmation de la décision du CGRA et rejette le recours de la requérante.

B. Éclairage

Cet arrêt remet en cause deux principes essentiels : celui de l'unité familiale des réfugiés et celui de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le principe de l'unité familiale n'est pas retenu pour attribuer le statut de réfugié dérivé à la mère de l'enfant. Cet arrêt clôt un débat jurisprudentiel ainsi que l'atteste un [arrêt récent du CCE](#) (1). Par ailleurs, ce jugement ne tient pas compte de l'intérêt de l'enfant et rend ineffective la protection internationale accordée au mineur (2). Enfin, l'assemblée générale, composée de dix juges, malgré sa compétence de plein contentieux, décide de sortir la question de l'unité familiale du droit des réfugiés et de la transférer au droit commun des étrangers, plus précisément au législateur (3).

Avant d'aborder ces trois points, trois brèves remarques s'imposent. D'une part, il est difficilement compréhensible que l'instance d'asile procède d'office à une distinction des craintes individuelles dans des situations de crainte d'excision alors qu'une approche holistique des différents éléments semble plus appropriée. D'autre part, il est regrettable que la crainte de la mère de l'enfant de voir son enfant excisé ou son opposition à l'excision ne soient pas examinées davantage¹. Il serait également souhaitable que les instances d'asile tiennent compte de l'évolution du droit international, notamment des observations et des décisions du Comité des droits de l'enfant. Une communication dans l'affaire *IAM contre Danemark*, datant de janvier 2018, considère que la protection accordée à un mineur dans le cadre d'une crainte d'excision doit s'étendre au parent et que celui-ci ne peut être considérée comme un acteur de protection au sens de la protection

¹ L'auteure réfère pour ces aspects ainsi que pour la portée des recommandations du HCR à l'article publié en 2014 : C. FLAMAND, « L'unité familiale, un droit du réfugié », Obs. sous CCE n°125 152, 18 juin 2014, *R.D.E.*, 2014, n°177, p.257.

internationale (Convention de Genève de 1951 et directive 2011/95/UE)². Par ailleurs, l'observation générale conjointe n° 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n° 18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables prévoit notamment « que la législation et les politiques relatives à l'immigration et à l'asile reconnaissent le risque d'être exposé aux pratiques préjudiciables ou d'être persécuté du fait de pratiques préjudiciables comme un motif pour accorder l'asile. Il faudrait également envisager, au cas par cas, d'assurer la protection d'un parent qui accompagne la fille ou la femme (par. 55) ».

1. Statut de réfugié dérivé et principe de l'unité familiale

Le principe de l'unité familiale est un droit essentiel du réfugié. Il ne se retrouve pas dans la Convention de Genève de 1951 mais trouve son origine dans la Conférence des Plénipotentiaires. L'Acte final fait de la protection de la famille du réfugié à la fois une exigence sociale et un droit propre du réfugié en précisant que « l'unité de famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié ». Ce principe intervient pour octroyer le statut de réfugié à une personne au seul motif qu'elle est membre de la famille d'une personne reconnue comme réfugié. Il s'agit du statut de réfugié dérivé. Ce principe déroge donc à la règle selon laquelle il est normalement exigé que chaque personne faisant valoir un droit à la protection doit prouver une crainte de persécution à titre individuel. Le CCE a une jurisprudence constante, en l'absence d'une norme spécifique, dans l'application du principe de statut de réfugié dérivé aux personnes à charge de la personne bénéficiant du statut de réfugié³. Cependant, il y a des débats sur le fait que ce statut puisse bénéficier aux ascendants de mineurs reconnus réfugiés⁴. Tel est le cas en l'espèce puisque l'enfant est reconnu comme réfugié par le CGRA mais le statut est refusé à sa mère. Le CCE estime que le statut de réfugié dérivé ne peut bénéficier à la mère de l'enfant « en l'absence d'une norme supérieure imposant aux États parties de s'y conformer » (pt. 14).

La directive qualification prévoit en son article 23 le principe du maintien de l'unité familiale. Cette disposition prévoit que les membres de la famille d'un réfugié qui ne bénéficient pas individuellement de la protection internationale peuvent néanmoins prétendre à certains avantages, dont le contenu est le même que ceux dont bénéficient les réfugiés reconnus, à l'exception du principe de non-refoulement.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans l'affaire *Ahmedbekova* a permis de faire avancer le débat quant à cette question de l'unité familiale. Il s'agit de savoir si l'article 23 doit être interprété en ce sens qu'il permet à un État membre de prévoir, en cas d'octroi d'une protection internationale à un membre d'une famille, une extension du bénéfice de cette protection à d'autres membres de cette famille⁵.

² C. FLAMAND et E. DESMET, « La crainte d'excision en Somalie évaluée par le Comité des droits de l'enfant », *Newsletter EDEM*, mars 2018.

³ S. SAROLEA, « La portée du principe de l'unité familiale », *Newsletter EDEM*, décembre 2013. CCE, 24 octobre 2013, n°112644 ; CCE, 29 juin 2010, n° 45 644.

⁴ C. FLAMAND, « Le droit au statut de réfugié dérivé pour les parents du mineur, reconnu comme réfugié », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2018.

⁵ Voir à ce sujet, H. GRIBOMONT, « Reconnaissance automatique du statut de réfugié aux membres de la famille d'un réfugié reconnu », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2019.

La Cour s'interroge dans cette affaire sur la compatibilité d'un article de loi bulgare (art. 8, § 9, du ZUB) avec l'article 3 de la directive qualification, qui permet aux États membres « d'adopter ou de maintenir des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié ou de personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et pour déterminer le contenu de la protection internationale, dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive ». Or, cette loi bulgare permet d'étendre la protection internationale, automatiquement, à tous les membres de la famille d'un réfugié reconnu.

Les [conclusions de l'avocat général](#) dans cette affaire font référence aux nombreux et récents documents recommandant l'application du statut de réfugié dérivé, notamment afin que ce statut puisse bénéficier aux ascendants de mineurs⁶ (pts. 51-52). L'avocat général invoque également que « la reconnaissance du statut de réfugié à titre dérivé aux membres de la famille d'un réfugié reconnu n'est pas incompatible avec le système de la convention de Genève et est même recommandée par le HCR et admise en règle générale dans les procédures de détermination du statut de réfugié relevant du mandat de cet organisme » (pt. 42). En outre, le traitement réservé aux membres de la famille d'un réfugié reconnu concerne des situations qui relèvent pleinement de la « logique de protection internationale », ainsi qu'il résulte tant de l'acte final de la convention de Genève que de la pratique du HCR, comme le souligne également la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans l'arrêt *Mugenzi c. France* (pt. 44)⁷.

La Cour a estimé que la réglementation bulgare était conforme au droit européen en ce qu'une telle reconnaissance des membres de la famille, tels que décrits à l'article 2 j), poursuit les objectifs de maintien de l'unité familiale du réfugié de l'article 23 et qu'il y a un lien avec la logique de la protection internationale (pt. 74).

Dans l'arrêt commenté, le CCE revient sur cet arrêt de la Cour en estimant que l'article 23 de la directive qualification n'impose pas aux États membres d'octroyer aux membres de la famille du bénéficiaire d'une protection internationale le même statut qu'à ce dernier (pt. 9). Il estime également que la possibilité ouverte aux États membres d'adopter des normes plus favorables ne saurait suffire à créer un droit dont des personnes pourraient se réclamer alors même que l'État n'en a pas fait usage. Il rappelle que la loi belge n'a pas prévu une telle extension de la protection internationale (pt. 10) et qu'il n'existe pas de norme supérieure imposant aux États parties de s'y conformer (pt. 7). Même s'il est vrai que la loi ne prévoit pas une telle disposition ou extension, il se déduit de l'arrêt *Ahmedbekova* que le CCE ne violerait pas les dispositions relatives au droit international des réfugiés s'il appliquait le principe du statut de réfugié dérivé à l'ascendant, qui a introduit une demande d'asile pour lui-même et son enfant, dès lors que ce dernier a besoin d'une protection et ce, même en l'absence d'une disposition légale explicite. Certes, le CCE n'en a pas l'obligation mais il en a la possibilité. Rien ne le lui interdit, s'il veut agir en conformité avec le droit international des réfugiés et en particulier, les droits de l'enfant.

Ce constat est renforcé par le fait que selon plusieurs auteurs, « dans la mesure où le droit à l'unité de la famille s'est développé en droit international général, il ne peut être limité par des dispositions,

⁶ Av. gén. Mengozzi, concl. préc., C.J.U.E., arrêt *Ahmedbekova*, 28 juin 2018, C-652/16, EU:C:2018:801.

⁷ Cour eur. D.H., *Mugenzi c. France*, 10 juillet 2014, req. n°52701/09, §54.

ou l'absence de dispositions, dans le domaine des réfugiés. Le droit à l'unité de la famille s'applique à tous les êtres humains, quel que soit leur statut »⁸.

2. L'intérêt supérieur de l'enfant

La prise en compte de l'intérêt de l'enfant n'apparaît pas dans l'arrêt commenté. Le seul endroit où ce principe est évoqué concerne une autre situation que celle à la cause. En effet, l'arrêt stipule que le Conseil n'aperçoit pas « en quoi la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ou le respect de la vie privée et familiale suffirait à ouvrir au mineur membre de la famille d'un bénéficiaire d'une protection internationale un droit à bénéficier du même statut que ce dernier » (pt. 12). Or, la situation évoquée ici concerne la situation inverse, celle de l'intérêt du mineur reconnu réfugié à ce que les membres de sa famille puissent bénéficier du même statut que lui, situation très différente. Il s'en déduit un manque d'intérêt et de prudence du CCE pour la prise en compte de ce principe. Ce paragraphe clôt la prise en compte de l'intérêt de l'enfant⁹.

Or, le principe fondateur de la [Convention internationale relative aux droits de l'enfant](#) (CIDE) est la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3). Cette disposition vise à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions prises à son égard. Le terme « décision » ne s'entend « pas uniquement des décisions individuelles, mais aussi de tous les actes, conduites, propositions, services, procédures et autres mesures. C'est la raison pour laquelle il est question non seulement des décisions des organes administratifs ou des tribunaux, mais aussi des organes législatifs »¹⁰.

La prise en compte de l'intérêt supérieur est ancrée comme obligation générale en droit européen, et inscrite dans la [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#). La Cour de Justice a jugé à plusieurs reprises que la CIDE fait partie intégrante du droit de l'Union au titre de principe général de droit communautaire¹¹. L'article 7 de la Charte qui protège la vie privée doit être lu en combinaison avec l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant et la nécessité pour un enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents, stipulées à l'article 24, paragraphes 2 et 3 de la Charte. Rappelons que la Charte est l'instrument principal de l'intégration partielle dans le droit de l'Union européenne de la Convention internationale des droits de l'enfant¹² dans la mesure où elle s'applique à l'acquis européen en matière d'asile et de migration¹³.

Ceci a encore été rappelé par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt [Chavez-Vilchez](#) (2017) qui estime que la Charte des droits fondamentaux doit servir d'entrée dans le droit de l'Union.

⁸ FELLER, E., TÜRK, V., NICHOLSON, Fr. (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, 2008, p. 633.

⁹ Pour une analyse approfondie du statut du mineur en plein contentieux, veuillez consulter l'article suivant : E. DESMET, « Minderjarigen in de volle rechtsmachtprocedure van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen », *T.V.R.*, n°3, 2018, pp. 198-214.

¹⁰ J. CARDONA LLORENS, « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant : réflexions générales », in *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2017, p. 14.

¹¹ C.J.U.E., 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, C-540/03, EU:C:2006:429; C.J.U.E., 6 décembre 2012, *O et S*, C-356/11, EU:C:2012:776 ; C.J.U.E., 12 avril 2018, *A et S*, C-550/16, EU:C:2018:248.

¹² A. GOUTTENOIRE, « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », in Tinière R. et Vial C. (dir.), *Protection des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 236.

¹³ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, [Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant](#), 2015, p. 22 et s.

Comme le soulignent Jean-Yves Carlier et Géraldine Renaudière dans leur [chronique de jurisprudence](#) « cet arrêt marque une évolution notable à deux égards : d'une part, l'attention portée aux droits fondamentaux du citoyen est affirmée, à tout le moins lorsqu'il s'agit de l'intérêt supérieur d'un enfant. Rien n'indique que cette attention aux droits fondamentaux ne pourrait bénéficier **à d'autres citoyens** et à d'autres droits que ceux strictement liés au séjour. D'autre part, la prise en compte des droits fondamentaux se fait par référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union. C'est dire que la Charte n'est plus simplement une clé de lecture de la mise en œuvre du droit de l'Union, et de son interprétation, **mais une clé d'entrée** dans le droit de l'Union ».

Le considérant 18 de la [directive procédure](#) confirme que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale lors de l'examen des demandes de protection internationale et énumère un certain nombre d'éléments dont les États membres devraient tenir dûment compte lorsqu'ils évaluent l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier « le principe de l'unité familiale, le bien-être et le développement social du mineur, les considérations de sécurité et les opinions du mineur, en fonction de son âge et de sa maturité ».

Le CCE, en assemblée générale, aurait gagné à justifier davantage son point de vue sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'intégrer dans son raisonnement, comme règle de fond, d'interprétation et de procédure comme le préconise [l'observation n° 14](#). Cette justification axée sur l'unité familiale aurait permis de comprendre le raisonnement du CCE à ce sujet.

Comme **question de fond**, l'enfant a droit à ce que son intérêt supérieur soit évalué et à ce qu'il soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question juridique qui se pose¹⁴. Cela implique que, s'agissant de questions impliquant une mise en balance, ce principe intervient pour faire pencher la balance en faveur de l'intérêt de l'enfant¹⁵. Le CCE aurait pu faire pencher la balance en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant, en considérant qu'il impliquait que le parent qui l'accompagne puisse bénéficier de ce statut de réfugié dérivé pour rendre effective la protection internationale dans le chef de l'enfant. Comment un enfant mineur reconnu réfugié peut-il bénéficier pleinement et effectivement des droits qui découlent de son statut de réfugié si ses parents se trouvent en séjour illégal en Belgique ? Considérer que le CCE avait la possibilité, sans en avoir l'obligation juridique, d'accorder le statut de réfugié dérivé à la mère de l'enfant aurait été une manifestation de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Comme **règle interprétative**, il aurait pu considérer qu'il y a une ouverture dans la [loi du 15 décembre 1980](#) pour accorder le statut de réfugié dérivé à la mère de l'enfant, qui a introduit une demande d'asile pour elle et son enfant, en tant que représentante légale de celle-ci. C'est ce que semble indiquer la lecture de l'article 57/1, §5, de la loi : « Si le demandeur, en application du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, introduit une demande de protection internationale au nom du mineur étranger (ou des mineurs étrangers), le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides prend une décision applicable à toutes ces personnes ». La référence à l'intérêt supérieur de l'enfant à l'article 57/1, §4, de la loi permet également d'envisager cette lecture. Les [travaux parlementaires](#) expliquent que la simplification administrative s'en trouve favorisée (p. 91, al. 1). Ne s'agit-il pas là d'une forme

¹⁴ *Ibidem*, § 6.

¹⁵ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme. », in L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff et P. Wautelet, *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016. p. 3.

d'application du statut de réfugié dérivé ? Appliqué à la situation qui nous occupe, cela n'implique-t-il pas que si la mère introduit une demande au nom de l'enfant, le statut peut s'appliquer à toutes les personnes visées par la demande d'asile, sans devoir examiner les craintes de manière distincte ?

Comme **règle de procédure** enfin, le CCE aurait dû motiver davantage la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pour consolider l'arrêt en assemblée générale à cet égard. Or, cette question n'est abordée que de façon très liminaire et insuffisante.

Le Comité des droits de l'enfant avait, dans son [rapport rendu en 2019](#) constaté ce manque de prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans le contexte des procédures d'asile (pt. 43). Il recommande de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale, notamment pour les questions relatives à l'asile (pt. 44).

3. Le droit commun des étrangers ; quelques pistes issues du droit comparé et européen

En refusant l'application du principe du statut de réfugié dérivé au parent du mineur réfugié reconnu, les juges décident de transférer la question du séjour des parents au droit commun des étrangers et de ne pas combler le vide juridique latent. Le droit commun des étrangers n'offre pas de solution pour répondre à cette situation : le regroupement familial n'est possible que si le mineur réfugié est non accompagné (art. 10, §1, 7°, loi du 15 décembre 1980). La seule solution est le recours à une demande de régularisation qui n'offre aucune sécurité juridique au parent en attente d'une décision et qui est laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'Office des étrangers (art. 9 bis, loi du 15 décembre 1980). C'est donc au législateur de combler le vide juridique actuel. Or, attendre le législateur sur cette question dans le contexte actuel, n'est-ce pas équivalent à attendre Godot ?

Il y a lieu de rappeler que la loi permet, depuis une modification législative de [novembre 2017](#), au mineur d'introduire une demande d'asile en son nom (art. 57/1 §2) mais qu'elle ne prévoit pas de conséquence en ce qui concerne le regroupement familial des parents avec cet enfant s'il est reconnu comme réfugié. La situation de séjour des parents, qui se retrouvent sans droit de séjour, ne leur permet pas d'exercer des droits pour assurer effectivement la protection de leur enfant. Par conséquent, la famille risque d'être séparée et l'enfant placé, alors que les liens familiaux sont étroits et que l'entente familiale n'est pas remise en question. La Belgique est pourtant tenue par des obligations juridiques internationales, notamment, de veiller au principe de non-discrimination entre enfants (art. 2 CIDE) et à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre son gré (art. 3, 9 et 10 CIDE).

Pour combler ce vide juridique, le législateur pourrait s'inspirer de la législation française, qui offre une solution légale pragmatique et conséquente aux ascendants d'un mineur reconnu réfugié. La loi stipule qu'en cas d'octroi du statut de réfugié à l'enfant mineur, le parent se voit automatiquement accorder un droit de séjour de dix ans (carte de résident), lui octroyant une sécurité juridique immédiate et ce, tant que l'enfant est non marié ([art. L314-11](#)). Si l'enfant bénéficie d'une protection subsidiaire, les parents obtiennent une carte de séjour d'un an. Cette disposition a été introduite dans la loi française dans le cadre de la transposition de l'article 23 de la directive qualification, en 2016. Avant cela, ce droit de séjour était attribué par une « [information du 18 mars 2014](#) relative au droit au séjour des ascendants de mineurs bénéficiaires d'une protection internationale »,

permettant au parent de bénéficier d'un titre de séjour de même nature que celui qui avait été délivré au mineur.

D'autres pistes peuvent être explorées en application de de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Ainsi, le législateur pourrait s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier des principes déduits de la protection de « l'essentiel des droits » du citoyen européen. Le principe d'un droit de séjour « dérivé » du statut d'un mineur a été reconnu aux parents de citoyens de l'Union par l'arrêt *Chavez-Vilchez* de la Cour de justice (2017). Cet arrêt évoque la nécessité, pour que l'enfant puisse effectivement jouir de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyen européen, et compte tenu de son bas âge, que l'ascendant qui en a la charge et à l'égard duquel il y a une relation de dépendance effective, se voie reconnaître un droit de séjour. Le droit des réfugiés entraînant également un droit de séjour « privilégié », comme pour les citoyens européens, les mêmes principes pourraient trouver à s'appliquer s'agissant du séjour de l'ascendant d'un enfant réfugié reconnu, en particulier dans la mesure où la protection de l'enfant est ancrée dans la Charte des droits fondamentaux, considérée par cette jurisprudence, spécifiquement au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme clé d'entrée dans le droit de l'Union.

Enfin, le législateur peut s'inspirer de la loi bulgare, approuvée (*endorsed*) par la Cour de justice et qui permet d'octroyer le statut de réfugié dérivé aux membres de la famille du réfugié reconnu, mineur ou majeur, ce qui permettrait de rester dans le domaine du droit des réfugiés.

N'oublions pas qu'en matière de regroupement familial, tant la directive 2003/86 que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne préconisent un régime dérogatoire, et moins contraignant en faveur des personnes bénéficiant de la protection internationale (*A et S*). Le CCE, section annulation, vient de rappeler ces principes dans un [arrêt du 24 mars 2020](#).

Une autre piste est la recherche d'une solution durable [préconisée par le Comité des droits de l'enfant](#) pour tous les mineurs (pt. 34)¹⁶. Le mineur reconnu réfugié ne peut pas être renvoyé vers son pays d'origine et l'intégration dans le pays d'accueil doit être obligatoirement envisagée. La solution durable est à l'heure actuelle conçue dans la législation belge pour les MENA¹⁷. Vu l'importance de l'unité familiale et des art. 9 et 10 de la CIDE, la solution durable nous semble devoir être la réunion avec ses parents dans le pays d'accueil, seule piste envisageable pour le mineur reconnu réfugié en vertu de son statut. Le législateur pourrait donc intégrer une telle disposition pour le mineur accompagné reconnu réfugié. Le HCR estime à ce sujet que le [regroupement familial dans le pays d'accueil](#) est souvent la seule possibilité pour la famille d'être réunie (p. 5).

Conclusion

Cet arrêt met à mal les droits essentiels des réfugiés tant au regard de l'intérêt de l'enfant qu'au regard de l'unité familiale. En application du principe du plein contentieux, le CCE ne pouvait-il pas

¹⁶ L'Observation n° 23 préconise que, dans le cas des enfants non accompagnés et des enfants séparés, y compris les enfants séparés de leurs parents en raison de l'application des lois relatives à l'immigration, il faut s'efforcer de trouver pour les enfants et de mettre en œuvre sans attendre des solutions durables et fondées sur les droits, y compris la possibilité d'une réunification familiale.

¹⁷ Art. 61/14 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *op.cit.*

considérer que le statut de réfugié dérivé puisse s'appliquer aux membres ascendants de la famille du bénéficiaire de la protection internationale dans l'intérêt supérieur de l'enfant et en vertu du bon sens ?

Il ne reste plus qu'au législateur à prendre ses responsabilités pour prévoir un statut de séjour pour le parent du mineur reconnu réfugié. Cela ne semble pas si complexe au regard de la législation française en vigueur depuis 2016. Ce n'est qu'à ces conditions que la Belgique respectera ses engagements internationaux en matière de respect des droits de l'enfant.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : CCE, 11 décembre 2019, n° 230 067

Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., 10 juillet 2014, *Mugenzi c. France*, req. n° 52701/09 ;
- C.J.U.E, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354 ;
- C.J.U.E, 4 octobre 2018, *Ahmedbekova*, C-652/16, EU:C:2018:801 ;
- C.J.U.E, 12 avril 2018, *A et S*, C-550/16, EU:C:2018:248.

Doctrine :

- J. Cardona Llorens, « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant : réflexions générales », in *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2017 ;
- J.Y. Carlier, G. Renaudière, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *Journal de droit européen*, Vol. 2018, n° 4, p. 141-151 ;
- E. Desmet, "Minderjarigen in de volle rechtsmachtprocedure van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen", *T.V.R.*, 2018, n°3, p. 198-214 ;
- E. Feller, V. Türk, Fr. Nicholson (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, 2008, p. 619-675.
- C. Flamand, « Le droit au statut de réfugié dérivé pour les parents du mineur, reconnu comme réfugié. », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2018 ;
- C. Flamand, « L'unité familiale, un droit du réfugié », Obs. sous CCE n°125 152, 18 juin 2014, *R.D.E.*, 2014, n°177, p.257 ;
- A. Gouttenoire, « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », in R.Tinière et C. Vial (dir.), *Protection des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 236 ;
- H. Gribomont, « Reconnaissance automatique du statut de réfugié aux membres de la famille d'un réfugié reconnu », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2019 ;

- S. Sarolea, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme. », in L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff et P. Wautelet, *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016 ;
- S. Sarolea, « [La portée du principe de l'unité familiale](#) », *Newsletter EDEM*, décembre 2013.

Pour citer cette note : C. FLAMAND, « Le C.C.E. a tranché : Le parent d'un enfant reconnu réfugié n'a pas de droit au statut de réfugié dérivé...une occasion manquée », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2020.