

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'intérêt supérieur de l'enfant et l'effet direct de l'article 3.1. de la Convention internationale aux droits de l'enfant dans le cadre d'une procédure 9bis

Bodson, Aline

*Published in:*

Cahiers de l'EDEM : Louvain Migration Case Law Commentary

*Publication date:*

2022

#### [Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Bodson, A 2022, 'L'intérêt supérieur de l'enfant et l'effet direct de l'article 3.1. de la Convention internationale aux droits de l'enfant dans le cadre d'une procédure 9bis: Commentaire de l'arrêt n°254189 du Conseil du Contentieux des Etrangers, 7 mai 2021', *Cahiers de l'EDEM : Louvain Migration Case Law Commentary*. <<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/bodsonalineaavril2022.html>>

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCLouvain au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou internationale dans 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 International 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).

Dans le cadre des 10 ans de l'EDEM, nous vous donnons rendez-vous les 9 et 10 mai 2022 pour le colloque clôturant cette année d'anniversaire. Intitulé *Le temps des territoires*, il sera l'occasion de s'interroger sur les effets polymorphes des frontières en droit des migrations. Leurs fermetures interrogent l'aptitude à penser rationnellement et avec humanité les mobilités. Il réunira des spécialistes du droit de l'immigration tout en s'ouvrant à l'indispensable regard d'autres disciplines. Nous espérons avoir l'occasion de vous revoir et d'échanger avec vous à cette occasion.

#### Programme et inscription

We are already looking forward to seeing you on **May 9 and 10, 2022** for the conference that will close this 10-year anniversary of the EDEM. Entitled *The Time of Territories*, it will be an opportunity to examine the polymorphous effects of borders in migration law. Their closure calls into question the ability to think rationally and with humanity about mobility. The conference will bring together specialists in immigration law while opening up to the indispensable viewpoint of other disciplines. We hope to have the opportunity to meet and exchange with you on this occasion.

## Sommaire

### 1. C.J.U.E. (GC), 14 décembre 2021, *V.M.A. contre Stolichna Obshtina, rayon "Pancharevo"*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296 – La reconnaissance des actes de naissance mentionnant comme parents deux personnes de même sexe dans l'Union européenne : analyse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice. *Antoine Stamatopoulos* ..... 3

CJUE – Libre circulation – Auteurs de même sexe – Acte de l'état civil – Reconnaissance

La Cour de justice, en grande chambre, impose aux États membres de reconnaître, pour l'exercice du droit à la libre circulation, l'acte de naissance établi par les autorités de l'État membre d'accueil qui mentionne comme parents deux personnes de même sexe. Si l'enfant a la nationalité d'un État membre, la Cour de justice enjoint par ailleurs à cet État membre de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir au préalable l'établissement d'un nouvel acte de naissance. Sans aller jusqu'à assurer l'accès à la citoyenneté de l'Union à leurs enfants, la Cour complète sa jurisprudence Coman en favorisant la libre circulation des liens de filiation établis dans le cadre des familles homoparentales. Ce faisant, la Cour fait un pas supplémentaire vers la reconnaissance (quasi) automatique des éléments du statut personnel.



**2. Conseil du contentieux des Étrangers, arrêt n°254189 du 7 mai 2021 – L'intérêt supérieur de l'enfant et l'effet direct de l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant dans le cadre d'une procédure 9bis. Aline Bodson.....15**

**Intérêt supérieur de l'enfant – effet direct – article 9bis**

*Dans un arrêt concernant un refus d'autorisation de séjour demandé sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, le Conseil du contentieux des étrangers a considéré que l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant n'avait pas d'effet direct. Le juge en déduit qu'il ne doit pas répondre au grief relevé par la partie défenderesse concernant le manque de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.*

**3. Cour fédérale du Canada, 28 avril 2021, Ian George Mowatt c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration), 2021 CF 371 – Retour sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision d'expulsion du territoire canadien d'un père ayant un enfant en charge. Benjamin Kagina Senga .....25**

**Intérêt supérieur de l'enfant – décision d'expulsion – territoire – immigration – enfant mineur – Convention relative aux droits de l'enfant – jurisprudence Baker**

*L'arrêt commenté fait suite à une demande de contrôle judiciaire par la Cour fédérale du Canada d'une décision d'expulsion d'un père ayant un enfant mineur en charge. Cette décision a été prise par la Section d'Appel de l'Immigration du Canada en 2018. Si elle ne cible que le père, ses conséquences touchent aussi bien le père que l'enfant mineur qui est à sa charge. Dans son arrêt, la Cour a souscrit à la position de la Section d'Appel de l'Immigration qui a confirmé la mesure d'expulsion du requérant et de sa fille mineure vers la Jamaïque. De ce fait, elle n'a accordé qu'une place marginale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans ce contexte.*

## 1. C.J.U.E. (GC), 14 DECEMBRE 2021, V.M.A. CONTRE STOLICHNA OBSHTINA, RAYON "PANCHAREVO", C-490/20, ECLI:EU:C:2021:296

*La reconnaissance des actes de naissance mentionnant comme parents deux personnes de même sexe dans l'Union européenne : analyse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice*

Antoine Stamatopoulos\*

### A. Arrêt

Dans sa toute première [stratégie en faveur de l'égalité des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres, non binaires, intersexuées et queer \(LGBTIQ\) du 12 novembre 2020](#), la Commission a fait entendre qu'elle « proposera une initiative législative horizontale visant à soutenir la reconnaissance mutuelle de la parentalité entre les États membres ». Cela fait écho aux mots d'Ursula von der Leyen, Présidente de la Commission, lors de son [discours sur l'État de l'Union du 16 septembre 2020](#) dans lequel elle annonce son intention d'œuvrer en faveur de la reconnaissance mutuelle des relations familiales dans l'Union européenne : « si vous êtes parent dans un pays, vous êtes parent dans tous les pays ».

Dans son arrêt *V.M.A. c Stolichna Obsthina, rayon « Pancharevo »* (ci-après « l'arrêt V.M.A. » ou simplement « V.M.A. ») du 14 décembre 2021, la Cour de Justice participe à cette entreprise. Par cet arrêt, la Cour, en grande chambre, impose aux États membres de reconnaître, pour l'exercice du droit à la libre circulation, l'acte de naissance établi par les autorités de l'État membre d'accueil qui mentionne comme parents deux personnes de même sexe. Cette obligation vaut également si l'enfant n'est pas ressortissant d'un État membre mais qu'au moins un de ses parents est citoyen de l'Union (pt 69). Si l'enfant a la nationalité d'un État membre, la Cour de justice enjoint à cet État membre de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir au préalable l'établissement d'un nouvel acte de naissance.

#### 1. Les points de fait

V.M.A., ressortissante bulgare, et K.D.K., ressortissante britannique, se marient à Gibraltar en 2018. Depuis 2015, elles résident ensemble en Espagne. Le 8 décembre 2019, les deux femmes ont ensemble une fille, S.D.K.A. L'enfant étant née et résidant en Espagne, les autorités espagnoles s'estiment compétentes pour dresser l'acte de naissance de S.D.K.A. Celui-ci mentionne les deux femmes comme parents.

En janvier 2020, V.M.A. introduit une demande auprès de la Commune de Sofia dans le but d'obtenir, pour l'enfant, un document d'identité bulgare. Les autorités bulgares conditionnent cet octroi à la délivrance d'un nouvel acte de naissance bulgare. Cependant, un tel acte ne peut être délivré en Bulgarie pour la raison que le modèle bulgare d'acte de naissance ne contient que deux colonnes, une pour la mère et l'autre pour le père.

---

\* L'auteur est assistant de recherche à l'UCLouvain et peut être contacté à l'adresse [antoine.stamatopoulos@uclouvain.be](mailto:antoine.stamatopoulos@uclouvain.be). Il remercie le Professeur Jean-Yves Carlier pour la relecture et les conseils avisés.

Prosaïquement, les autorités bulgares invitent V.M.A. à fournir, dans les sept jours, les preuves relatives à la filiation biologique de l'enfant. V.M.A. refuse, estimant que le droit bulgare ne requiert pas qu'elle divulgue cette information.

Par décision du 5 mars 2020, les autorités de la commune de Sofia rejettent la demande de V.M.A. Dans la foulée, les autorités administratives rappellent que ce rejet est motivé par l'absence d'informations au sujet de la filiation biologique de l'enfant et par le fait que la mention de deux parents de sexe féminin est contraire à l'ordre public de la Bulgarie, lequel n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe.

V.M.A. forme alors un recours contre cette décision devant le tribunal administratif de Sofia (pts 18 à 23).

## **2. Les questions préjudicielles**

Une fois saisi, le tribunal administratif éprouve des doutes sur la compatibilité du refus des autorités nationales avec le droit de l'Union. En particulier, le tribunal interroge la Cour de justice sur la question de savoir si ce refus est en conformité avec les articles 20 et 21 TFUE et avec les articles 7, 24 et 45 de la Charte des droits fondamentaux. En effet, le tribunal bulgare reconnaît qu'un tel refus « serait susceptible de rendre plus difficile la délivrance d'un document d'identité bulgare et, partant, d'entraver pour cet enfant l'exercice du droit à la libre circulation et ainsi la pleine jouissance de ses droits de citoyen de l'Union » (pt 26). Autrement dit, ce refus empêche S.D.K.A. de prouver sa nationalité bulgare et, par conséquent, de prouver qu'elle bénéficie du droit à la libre circulation.

Le tribunal poursuit : si cette question appelle une réponse positive, l'obligation ainsi faite aux autorités bulgares de dresser un acte de naissance mentionnant deux mères porte-t-elle atteinte à l'ordre public et à l'identité nationale de la Bulgarie ? À cet égard, le tribunal rappelle que les règles afférentes à la filiation « revêtent une importance fondamentale dans la tradition constitutionnelle bulgare » (pt 28).

Pour le surplus, le tribunal interroge la Cour de justice sur l'impact du Brexit sur la situation, K.D.K. étant, pour rappel, de nationalité britannique.

## **3. La décision de la Cour**

Alors que l'affaire V.M.A. est encore pendante devant la Cour de justice, la doctrine relève une ambiguïté<sup>1</sup>. Les autorités bulgares refusent-elles d'émettre un acte de naissance ou refusent-elles de reconnaître les liens de filiation établis par les autorités espagnoles ? En d'autres termes, on ne sait pas si le problème est de nature administrative ou juridique. D'une part, le problème semble administratif puisque le modèle bulgare d'acte de naissance ne contient que deux colonnes, l'une pour la mère et l'autre pour le père. D'autre part, il semble juridique en ce que les autorités bulgares refusent de reconnaître l'acte étranger sans information sur la filiation biologique de l'enfant. Le tribunal administratif de Sofia n'éclaircit pas les choses puisqu'il semble « reconnaître le lien de

---

<sup>1</sup> P. CABRAL, « [Protecting the right to a nationality for children of same-sex couples in the EU – A key issue before the CJUE in V.M.A. v Stolichna Obsthina \(C-490/20\)](#) », *European Network on Statelessness*, 3 février 2021 ; D. THIENPONT, « L'arrêt SM et le quasi-droit au séjour des enfants recueillis par kafala : un pas supplémentaire vers la protection de la pluralité des familles dans l'espace européen », *R.T.D.F.*, 2/2021, p. 450.

filiation entre l'enfant et la requérante lorsqu'il affirme que l'enfant a la nationalité bulgare parce qu'un de ses parents est bulgare »<sup>2</sup> (article 25, § 1, de la Constitution bulgare).

Pour la Cour, l'affaire *V.M.A.* est un cas typique d'entrave au droit à la libre circulation des personnes. Ainsi, elle répond aux questions préjudicielles qu'il convient d'examiner ensemble, en suivant son raisonnement traditionnel en deux étapes.

En premier lieu, la Cour de justice se prononce sur l'existence d'une *entrave* à la libre circulation des personnes. Puisque *S.D.K.A.* est bulgare selon la juridiction de renvoi, l'article 4, § 3, de la directive 2004/38 impose à la Bulgarie de lui délivrer un document d'identité (pt 43). Ce document doit indiquer « sa nationalité ainsi que son nom patronymique tel qu'il résulte de l'acte de naissance établi par les autorités espagnoles » (pt 44). En effet, un tel document doit permettre à *S.D.K.A.* d'exercer son droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres avec chacune de ses deux mères (pt 46).

Dans ses développements et pour trancher l'ambiguïté rappelée ci-avant, la Cour indique que ce document doit être octroyé, indépendamment de l'établissement d'un nouvel acte de naissance bulgare (pt 45). Ce faisant, la Cour de justice aborde l'affaire *V.M.A.* sous l'angle de la reconnaissance d'un acte de naissance dressé par les autorités d'un autre État membre, pour les besoins de la libre circulation. En d'autres termes, il ne s'agit pas de dresser un nouvel acte de naissance bulgare (ce qui n'est pas faisable administrativement) ni *a fortiori* de créer un lien de filiation envers deux mères en Bulgarie mais de reconnaître la situation déjà constituée en Espagne. Ce faisant, le litige serait davantage juridique qu'administratif.

Ainsi, cet arrêt apporte certainement de l'eau au moulin des partisans de la méthode de la reconnaissance comme alternative aux autres méthodes d'accueil des actes publics étrangers. Ce qui intéresse ici la Cour est le résultat : un lien de filiation a été légalement constitué en vertu du droit espagnol et doit, à ce titre, être reconnu par tous les États membres. La Bulgarie ne peut y opposer ses règles nationales de droit matériel qui organisent une procédure nationale par laquelle un nouvel acte de naissance doit être produit (il existe, en droit bulgare, une interdiction générale pour les citoyens bulgares de produire des documents étrangers ; les documents étrangers impliquant des ressortissants bulgares ne peuvent simplement être transcrits mais doivent être (ré)établis par les autorités bulgares elles-mêmes). De manière plus générale, il semblerait que les autres méthodes d'accueil des actes authentiques, telles que la méthode conflictuelle, comme en droit belge, devraient, elles aussi, être mises de côté par les États membres.

En ce qui concerne cette reconnaissance, la Cour commence par rappeler sa jurisprudence qui permet aux citoyens européens de poursuivre une vie familiale créée dans l'État membre d'accueil lors du retour dans l'État membre dont ils ont la nationalité (pt 47). La Cour remarque que les autorités de l'État membre d'accueil « ont légalement établi l'existence d'un lien de filiation, biologique ou juridique, entre *S.D.K.A.* et ses deux parents, *V.M.A.* et *K.D.K.* » (pt 48). De ce fait, les deux mères « doivent, en tant que parents d'un Citoyen de l'Union mineur dont ils assurent effectivement la garde, se voir reconnaître par l'ensemble des États membres le droit d'accompagner ce dernier lors de l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des

---

<sup>2</sup> D. THIENPONT, *ibid.*, p. 449.

États membres » (pt 48), ce qui n'est possible que lorsque l'acte de naissance dressé par les autorités espagnoles est reconnu par tous les États membres.

Ainsi, ne pas octroyer, en tant qu'État membre de la nationalité, un document d'identité constitue une entrave à l'exercice du droit à la libre circulation de l'enfant. Parallèlement, ne pas reconnaître, plus largement, les liens de filiation établis en Espagne, attestés par l'acte de naissance espagnol, constitue une entrave au même droit en tant que cela empêche S.D.K.A. de voyager avec ses deux parents.

En second lieu, la Cour de justice se prononce sur la possibilité de *justifier* une telle entrave. La Bulgarie avance que reconnaître un acte de naissance mentionnant deux parents de même sexe porte atteinte à son ordre public ainsi qu'à son identité nationale (pt 53). La Cour de justice rejette cet argument. Elle rappelle d'abord que la notion d'ordre public doit être interprétée de manière stricte (pt 53). Ensuite, reconnaître l'acte de naissance étranger « n'implique pas de prévoir en droit national la parentalité de personnes de même sexe ou de reconnaître, à des fins autres que l'exercice des droits que cet enfant tire du droit de l'Union, le lien de filiation entre ledit enfant et les parents de celui-ci » (pt 57). Ainsi, aucune justification ne pourrait permettre de légitimer une entrave qui, elle-même, ne respecte pas les droits fondamentaux.

En outre, un État membre ne peut justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux (pt 58), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En se basant sur sa propre jurisprudence, sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme, sur les articles 7 et 24, § 2, de la Charte des droits fondamentaux ainsi que sur les articles 2 et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, la Cour conclut qu'il serait contraire à ces dispositions qu'un enfant soit privé de sa relation avec chacun de ses parents dans le cadre de l'exercice de son droit à la libre circulation (pts 58 à 65).

Aux points 67 et 68 de l'arrêt, la Cour de justice aborde finalement le cas où l'enfant n'aurait, « après vérification », pas la nationalité bulgare. Dans ce cas, la Cour de justice impose aux États membres de considérer K.D.K. et S.D.K.A., peu importe leur nationalité, respectivement comme la conjointe et la descendante directe de V.M.A au sens de la directive 2004/38, dès lors que l'acte de naissance espagnol les considère comme telles. La Cour de justice n'est ici pas explicite mais il faut comprendre que le fait de ne pas reconnaître l'acte de naissance espagnol est une entrave, non pas au droit à la libre circulation de l'enfant, mais à celui de sa mère, V.M.A. Cette dernière est une citoyenne de l'Union européenne et à ce titre, les États membres ne peuvent l'empêcher de circuler avec sa femme et sa fille.

Le raisonnement de la Cour de justice dans le cas où S.D.K.A. n'a pas la nationalité bulgare est interpellant. La Cour conclut à l'obligation de reconnaissance de l'acte de naissance de S.D.K.A., au risque d'entraver la liberté de circulation de V.M.A., pour la bonne raison que S.D.K.A. est la descendante directe de V.M.A. au sens de la directive 2004/38. Le raisonnement de la Cour semble tourner en rond. La Cour peut-elle imposer la reconnaissance d'un lien de filiation simplement en arguant que l'une est la descendante de l'autre ?

## B. Éclairage

### 1. *V.M.A. face à Rottmann, Tjebbes et, plus récemment, JY*

Dans sa demande de questions préjudicielles, le tribunal bulgare considère que l'enfant a la nationalité bulgare puisque l'un de ses parents est bulgare. Cela est particulier puisque l'absence d'informations concernant la mère biologique de l'enfant est la raison pour laquelle les autorités bulgares refusent d'établir un acte de naissance bulgare.

Lors de l'audience à Luxembourg, le gouvernement bulgare désavoue en quelque sorte la juridiction de renvoi. S'affranchissant des constatations effectuées par la juridiction de renvoi selon lesquelles S.D.K.A. aurait la nationalité bulgare, le gouvernement estime que S.D.K.A. ne l'aurait en fait pas. Selon lui, V.M.A. ne peut être sa mère et, dès lors, ne peut lui transmettre sa nationalité bulgare que si, en vertu de l'article 60, § 2, du Code bulgare de la famille, elle est la femme qui lui a donné naissance. Or, précisément, cette information n'est pas communiquée par les deux mères.

À cet égard, la Cour rappelle, sans détour, que la juridiction de renvoi est seule compétente en ce qui concerne les constatations factuelles de l'affaire (pt 32). La Cour de justice est donc liée par la circonstance que S.D.K.A. a la nationalité bulgare. Même si, par prudence, elle envisage le cas où S.D.K.A. n'aurait pas « après vérification » la nationalité bulgare (pts 67 et s.) et ne serait dès lors pas une citoyenne de l'Union, l'affaire *V.M.A.* n'est pas envisagée sous l'angle de l'accès ou non à la citoyenneté européenne.

Quoi qu'il en soit, cela peut être regretté puisqu'en réalité, la question de savoir si l'enfant est bulgare ou non n'est pas sans incidence. Acquérir la nationalité bulgare permet, en effet, à S.D.K.A. d'accéder au statut de citoyen de l'Union européenne et, de ce fait, de bénéficier des droits découlant de ce statut de manière autonome. En effet, si l'enfant n'est pas citoyenne de l'Union, elle bénéficie uniquement d'un droit de séjour dérivé en Espagne, qui cessera, en vertu de la directive 2004/38, une fois que l'enfant aura atteint l'âge de 21 ans ou qu'elle ne sera plus à charge de V.M.A. C'est l'État membre (*a priori*, l'Espagne) sur le territoire duquel S.D.K.A. séjourne qui décidera, souverainement, de reconduire ou non le droit au séjour. À cet égard, la Cour de justice a d'ailleurs déjà identifié, dans l'arrêt *Tjebbes*, les conséquences négatives de l'absence du statut de citoyen de l'Union : « la personne concernée se verrait exposée à des limitations dans l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres comportant, le cas échéant, des difficultés particulières pour continuer à se rendre [sur le territoire des États membres] afin d'y maintenir des liens effectifs et réguliers avec des membres de sa famille, d'y exercer son activité professionnelle ou d'y entreprendre les démarches nécessaires pour y exercer une telle activité » (pt 46 de l'arrêt).

La juridiction nationale ne centre certes pas ses questions préjudicielles sur l'impact qu'aurait l'acquisition ou non par l'enfant de la nationalité bulgare sur le droit de l'Union. Il est probable que le tribunal de renvoi ne l'ait pas fait simplement parce que cette question ne se pose pas, l'enfant ayant, selon lui, la nationalité bulgare par application automatique de la loi. Il peut dès lors être difficile pour la Cour d'orienter le débat sur la question de la nationalité bulgare, au risque de répondre *ultra petita*. La Cour reste néanmoins libre de reformuler les questions préjudicielles qui lui



sont présentées afin de donner l'ensemble des éléments d'interprétation pertinents, en ce compris les éléments liés à l'accès au statut de citoyen de l'Union.

En tout état de cause, la Cour de justice respecte *in casu* le principe de droit international selon lequel les États (membres) prévoient souverainement, dans leur droit interne, les conditions d'acquisition et de perte de leur nationalité (Convention de La Haye du 12 avril 1930). C'est donc en droit bulgare que se situe le débat relatif à la nationalité, la Cour de justice ne donnant aucune indication à la juridiction de renvoi à ce propos. Elle répond aux questions préjudicielles en abordant les deux hypothèses, avec et sans la nationalité bulgare, en essayant de fournir l'ensemble des éléments nécessaires à la juridiction de renvoi pour trancher le litige.

La Cour de justice rappelle tout de même que « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre » mais il reste vrai que « dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier » (pt 38). C'est à cet égard que la Cour fait référence aux arrêts *Rottmann* et *Tjebbes*. Dans ces arrêts, la Cour réduit la marge de manœuvre des États membres dans le cas où la perte de la nationalité emporte également la perte du statut de citoyen de l'Union européenne. Si une telle mesure nationale poursuit un objectif légitime, elle sera valide au regard du droit européen à condition qu'elle respecte le principe de proportionnalité. Ainsi, les autorités nationales sont tenues d'examiner si les conséquences de la perte de nationalité affectent la personne concernée de manière disproportionnée, par rapport à un objectif légitime poursuivi par les autorités nationales, le développement normal de sa vie familiale et professionnelle, au regard du droit de l'Union (pt 44 de l'arrêt *Tjebbes*).

Dans l'affaire *V.M.A.*, la Cour s'en tient à ces références jurisprudentielles et ne s'engage pas vers un raisonnement similaire à celui des arrêts *Rottmann* et *Tjebbes*. Elle n'ordonne pas à la Bulgarie d'examiner si le refus de reconnaître les liens de filiation affecte de manière disproportionnée la situation des personnes au regard du droit de l'Union. Pourtant, si les liens de filiation ne sont pas reconnus, l'enfant risque de ne pas être bulgare et, dès lors, de souffrir des inconvénients liés à l'absence du statut de citoyen de l'Union évoqués ci-avant. Au surplus, encore faut-il que la Cour de justice considère la protection de l'identité nationale de la Bulgarie, qui ne connaît pas la parentalité de deux personnes de même sexe, comme un objectif légitime. Cela semble difficilement réalisable puisque la Cour rejette cet argument dans son analyse sur l'ordre public.

La reconnaissance d'un élément du statut personnel a d'ailleurs été envisagée dans la doctrine, précisément parce que cette reconnaissance permettrait d'accéder au statut de citoyen de l'Union. Amélie Panet-Marre prend à cet égard l'exemple d'un enfant issu de mère porteuse, dont le lien de filiation avec sa mère d'intention n'est pas reconnu et qui serait privé de sa nationalité et donc de sa citoyenneté européenne. L'auteure écrit : « ne peut-on pas envisager que la Cour de justice en arrive un jour à protéger la reconnaissance d'un élément du statut personnel [...] car ce serait cette reconnaissance qui lui permettrait de devenir citoyen de l'Union, et donc de bénéficier à ce titre de la liberté de circulation ? »<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> A. PANET-MARRE, « Statut personnel et droit de l'Union européenne – Retour sur l'émergence d'une "méthode" de reconnaissance », *R.A.E. – L.E.A.*, 2020/4, p. 847.

Permettre à la Cour de se prononcer en matière de (non-)acquisition de la nationalité d'un État membre oblige, en substance, à considérer que les situations portant sur cette question ont un impact sur le droit de l'Union et relèvent, à ce titre, de celui-ci. Si la Cour considère que la perte de la nationalité emportant la perte du statut de citoyen de l'Union est une situation relevant du droit de l'Union, il est moins évident d'étendre ce raisonnement aux situations de non-acquisition de la nationalité empêchant l'accès au statut de citoyen de l'Union. En effet, « perdre la qualité de citoyen de l'Union européenne n'est pas la même chose, sur le plan pratique, que de ne pas l'acquérir, [...] la perte d'une qualité [ayant] nécessairement plus d'incidence en ce qu'elle porte atteinte à la continuité du statut »<sup>4</sup>.

C'est pourtant envisageable depuis les arrêts *Rottmann* et *Tjebbes*. Entre autres, Dimitry Kochenov écrit à ce propos que « toute décision sur l'acquisition ou la perte de la nationalité prise par les États membres qui peut affecter le statut de citoyen de l'Union d'un individu tombe maintenant dans le champ d'application *ratione materiae* du droit de l'Union »<sup>5</sup>. Concrètement, il peut être admis que la question de l'acquisition de la nationalité d'un État membre relève du droit de l'Union puisqu'elle détermine nécessairement l'accès au statut de citoyen de l'Union et, ce faisant, au droit à la libre circulation. Donc, la Cour pouvait, semble-t-il, retenir l'existence d'un lien de rattachement avec le droit de l'Union, lien qu'elle a déjà pu interpréter de manière très libérale, notamment dans les arrêts *Garcia Avello*, *Zhu et Chen* et *Carpenter*.

À ce titre, l'arrêt *JY*, rendu en grande chambre le 18 janvier 2022, doit être évoqué. L'affaire concerne une ressortissante estonienne, JY, qui sollicite la nationalité de l'Autriche, État membre de sa résidence. Pour empêcher les inconvénients liés à la possession de nationalités multiples, l'Autriche donne l'assurance à JY qu'elle obtiendra la nationalité autrichienne à condition qu'elle renonce à la nationalité estonienne. À la suite de la commission de certaines infractions administratives au code de la route, les autorités administratives autrichiennes révoquent cette assurance, empêchant JY de devenir autrichienne et, dès lors, de recouvrer le statut de citoyenne de l'Union. Dans cet arrêt, la Cour estime que l'article 20 TFUE impose à l'Autriche d'examiner si la décision de révoquer l'assurance portant sur l'octroi de la nationalité autrichienne, qui rend définitive la perte du statut de citoyen de l'Union, est compatible avec le principe de proportionnalité.

La Cour considère-t-elle, comme on pouvait le comprendre en doctrine quand l'affaire était encore pendante<sup>6</sup>, que l'affaire JY est un cas de (non-)acquisition de la nationalité d'un État membre qui empêche l'acquisition de la citoyenneté de l'Union ? La Cour fait référence à *Rottmann* et *Tjebbes* « par analogie » (pts 57 et s. de l'arrêt), ce qui invite à croire que la réponse à cette question est positive. Cependant, la Cour semble ici protéger davantage la continuité du statut de citoyen de l'Union que l'accès même à ce statut, la requérante ayant antérieurement été citoyenne de l'Union par la nationalité estonienne à laquelle elle a renoncé.

<sup>4</sup> A. PANET-MARRE, *ibid.*, p. 847.

<sup>5</sup> D. KOCHENOV, « Case C-135/08, *Janko Rottmann* », *C.M.L.R.*, 2010, p. 1841, cité par J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 475 (nous soulignons).

<sup>6</sup> « The referring court makes this a case of loss of EU citizenship, while arguably it is actually a case of acquisition of EU citizenship » (D. DE GROOT, « CJEU asked to rule on acquisition of nationality in light of EU citizenship : The fundamental status on the horizon ? (C-118/20 JY v Wiener Landesregierung) », *EU Law Analysis*, juin 2020).

## 2. V.M.A. face à Coman

L'arrêt *V.M.A.* intervient trois ans après l'arrêt *Coman* et en constitue la suite logique. Rendu le 5 juin 2018 par la Cour de justice réunie en grande chambre, l'arrêt *Coman* a été l'occasion pour la Cour de justice d'obliger la Roumanie – et plus largement l'ensemble des États membres – à reconnaître, sur la base de l'article 21, § 1<sup>er</sup>, TFUE, les (ou certains) effets d'un mariage légalement célébré en Belgique par le couple d'hommes Coman-Hamilton. Sans porter sur le même élément de l'état des personnes (le mariage pour *Coman*, la filiation pour *V.M.A.*), les deux arrêts sont très similaires.

D'abord, la Cour de justice se montre, dans les deux arrêts, respectueuse de la compétence exclusive que détiennent les États membres en matière d'état des personnes. Dans *Coman*, elle spécifie que l'obligation de reconnaissance de mariages entre personnes de même sexe « n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe » (pt 45 de l'arrêt *Coman*). Similairement, dans *V.M.A.*, l'obligation de reconnaissance de l'acte de naissance espagnol « n'implique pas de prévoir en droit national la parentalité de personnes de même sexe » (pts 52 et 57).

C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour de justice refuse, dans les deux affaires, de faire jouer l'exception nationale d'ordre public avancée par les États défendeurs. Même atténué au stade de la reconnaissance, invoquer l'ordre public devient difficile pour les États membres, surtout quand les droits fondamentaux des personnes sont en jeu. « L'on n'est pas loin d'un blanc-seing accordé à la logique du fait accompli, invitant les citoyens à traverser la frontière pour obtenir ce qui est interdit dans leur État national », critiquait Petra Hammje à la suite de *Coman*. La Cour de justice ne relativise pas son point de vue dans *V.M.A.* puisqu'elle refuse l'argument de la protection de l'identité nationale de la Bulgarie, qui ne connaît pas la parentalité de personnes de même sexe, pourtant jugée comme une valeur d'importance constitutionnelle par la juridiction de renvoi.

Ensuite, l'implication des droits fondamentaux, au stade de la justification de l'entrave à la libre circulation, est semblable dans les deux affaires. Comme *Coman*, *V.M.A.* n'est pas « une affaire classique où les droits fondamentaux constituent la justification à une entrave à la liberté de circulation [...]. On est confronté à une affaire où l'entrave à la liberté de circulation est passée au crible du respect des droits fondamentaux ». En effet, les droits fondamentaux ne servent pas à justifier l'entrave au droit à la libre circulation d'un citoyen de l'Union. Ici, une justification ne peut être envisagée que si l'entrave, elle-même, est conforme aux droits fondamentaux. Or, selon la Cour de justice, « il serait contraire aux droits fondamentaux que les articles 7 (respect de la vie privée et familiale) et 24 (intérêt supérieur de l'enfant) de la Charte garantissent à cet enfant de priver celui-ci de la relation avec l'un de ses parents dans le cadre de l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ou de lui rendre l'exercice de ce droit, de fait, impossible ou excessivement difficile au motif que ses parents sont de même sexe » (pt 65).

Enfin, les deux affaires sont l'occasion pour la Cour de justice d'interpréter les termes de la directive 2004/38 dans un contexte particulier, celui de la libre circulation des familles fondées par des couples de même sexe. Depuis *Coman*, la Cour estime le terme « conjoint » est « neutre du point de vue du genre et est donc susceptible d'englober le conjoint de même sexe du citoyen de l'Union concerné » (pt 35 de l'arrêt). Avec *V.M.A.*, la Cour complète sa jurisprudence et estime qu'« un enfant mineur [...] dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes d'un État membre

désigne comme ses parents deux personnes de même sexe dont l'une est citoyenne de l'Union doit être considéré, par l'ensemble des États membres, comme un descendant direct de cette citoyenne de l'Union, au sens de la directive 2004/38 » (pt 68).

Les deux affaires sont à ce point similaires qu'elles engendrent les mêmes questionnements. En effet, la portée qu'il faut donner à l'obligation de reconnaissance dégagée dans l'arrêt *Coman* est discutée. L'obligation de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe vaut-elle aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé au conjoint ressortissant d'un État tiers ou la Cour de justice vise-t-elle plus largement la reconnaissance dans l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union ?

Cette question est importante puisqu'elle détermine dans quelle mesure les États membres sont tenus de donner effet aux mariages entre personnes de même sexe célébrés dans un autre État membre. Pourtant, la Cour de justice ne semble pas plus claire dans l'arrêt *V.M.A.* D'une part, elle déclare, au point 57 de son arrêt, que cette obligation n'implique pas « de reconnaître, à des fins autres que l'exercice des droits que cet enfant tire du droit de l'Union, le lien de filiation entre ledit enfant et les parents de celui-ci » (nous soulignons). De l'autre, elle spécifie, au point 47 que « les droits reconnus aux ressortissants des États membres à l'article 21, paragraphe 1, TFUE incluent celui de mener *une vie familiale normale* tant dans leur État membre d'accueil que dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité, lors du retour sur le territoire de cet État membre, en y bénéficiant de la présence, à leurs côtés, des membres de leur famille » (nous soulignons).

Si on s'en tient à la formulation du point 57, la reconnaissance ne vaudrait qu'aux fins de permettre aux familles homoparentales de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Les mots « mener une vie familiale normale », au contraire, font penser que l'obligation de reconnaissance ne signifie pas seulement que ces familles ne doivent pas être séparées en franchissant les frontières mais bien qu'elles soient reconnues en tant que telles à des fins juridiques plus larges. S'ouvrirait alors la possibilité d'obtenir un avantage fiscal ou social. Les effets civils liés au mariage ou à la filiation pourraient se déployer. La condition en est alors qu'ils trouvent leur source dans les règlements européens de droit international privé. De manière extensive, une reconnaissance pourrait valoir à toutes fins juridiques.

En ce qui concerne *Coman*, la doctrine majoritaire opte pour une interprétation large. Jean-Yves Carlier explique que « la Cour vise bien l'exercice "des" droits que les personnes tirent du droit de l'Union et non de "certains" droits »<sup>7</sup>. Alina Tryfonidou en vient à la même conclusion, soulevant le caractère anormal de la situation où un État membre reconnaît le mariage à des fins de séjour mais pas à d'autres fins. Il semble que cette argumentation soit transposable à l'obligation de reconnaissance d'un lien de filiation avec deux parents de même sexe mais il appartient à la Cour de justice, *in fine*, de le confirmer.

L'occasion de le faire lui est peut-être déjà donnée puisqu'une affaire similaire à *V.M.A.*, l'affaire C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich* (signifiant « ombudsman »), est actuellement pendante devant elle. Cette affaire porte sur le refus de transcrire en Pologne l'acte de naissance espagnol

---

<sup>7</sup> J.-Y. CARLIER, « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt *Coman* (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Coman*, 5 juin 2018) », *Rev. trim. D.H.*, 2019, n° 117, principalement p. 217.

mentionnant deux mères, l'une polonaise et l'autre irlandaise. Ces questions préjudicielles surprennent lorsqu'on sait que la Cour suprême administrative du même État membre, la Pologne, a déjà annulé un jugement qui refusait de transcrire l'acte de naissance dressé au Royaume-Uni mentionnant comme parents deux femmes polonaises. La juridiction polonaise, se basant sur l'arrêt *Coman*, avait estimé qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour de justice, l'absence de transcription étant une violation manifeste de la liberté de circulation.

## Conclusion

L'arrêt *V.M.A.* est un second pas vers la reconnaissance des familles arc-en-ciel dans l'Union européenne, le premier ayant été opéré via l'arrêt *Coman*. Par cet arrêt, la Cour de justice transforme la position politique d'Ursula Von der Leyen en une obligation juridique : si vous êtes parent dans un État membre, vous l'êtes obligatoirement dans tous les États membres. Il est ainsi fort à parier que cet arrêt inspirera la future initiative législative de la Commission en matière de reconnaissance de la parentalité dans les situations familiales transfrontières, attendue pour le troisième trimestre de 2022.

L'arrêt *V.M.A.*, annoncé<sup>8</sup> et attendu<sup>9</sup> par la doctrine, doit être salué puisqu'il intervient, comme le remarque l'avocate générale Kokott, dans un cadre « très sensible eu égard à la compétence exclusive que détiennent les États membres dans les domaines de la nationalité ainsi que du droit de la famille » (pt 4 des conclusions). À notre sens, la Cour pouvait aller plus loin en ce qui concerne la nationalité de l'enfant en lui assurant l'accès à la citoyenneté de l'Union. Du reste, c'est avec succès qu'elle joue les équilibristes entre les compétences exclusives des États membres et le champ d'application du droit de l'Union, singulièrement lorsqu'elle affirme que l'obligation de reconnaissance de l'acte de naissance étranger n'implique pas de prévoir en droit national la parentalité de personnes de même sexe.

Au-delà des implications de l'arrêt *V.M.A.* en droit de l'Union européenne, l'affaire pourrait sans doute avoir de réelles conséquences sur le droit international privé des États membres à deux niveaux. D'abord, la reconnaissance des liens de filiation pourrait valoir, on l'a dit, à des fins juridiques plus larges que le droit de séjour. Par exemple, les juridictions de l'État membre de la résidence habituelle d'un enfant pourraient s'estimer compétentes pour statuer sur une demande d'aliments introduite par un enfant à l'encontre d'un des parents de même sexe qui réside dans un autre État membre. D'autre part, les États membres ne semblent plus pouvoir appliquer leurs propres règles d'accueil des liens de filiation attestés par un acte de naissance qui émane d'un autre État membre.

Pour finir, le point 52 de l'arrêt *V.M.A.* se montre très prometteur puisque la Cour, en germe, fait savoir que cette reconnaissance (quasi) automatique des éléments de l'état des personnes pourrait encore s'élargir dans le futur. La Cour, en effet, y vise plus largement la reconnaissance par tous les

---

<sup>8</sup> Suite à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de reconnaissance des noms patronymiques, Stéphanie Francq annonçait, en visant spécifiquement les liens de filiation des enfants de partenaires de même sexe que « les prochaines questions préjudicielles ne concerneront pas des sujets aussi anodins que le nom patronymique, mais sans doute l'existence même des liens familiaux » (S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille », in H. FULCHIRON et C. BIDEAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, p. 130).

<sup>9</sup> A. TRYFONIDOU, « EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families : Children of a Lesser God ? », *Yearbook of European Law*, vol. 38, n° 1, 2019, pp. 242-247.

États membres de « l'état des personnes établi dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci » (nous soulignons).

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** C.J.U.E. (GC), 14 décembre 2021, *V.M.A. contre Stolichna Obshtina, Rayon « Pancharevo »*, C-490/20, EU:C:2021:296.

**Conclusions de l'avocate générale Kokott sous l'arrêt V.M.A.**, 15 avril 2021, C-490/20, EU:2021:296.

### Jurisprudence

C.J.U.E., 11 juillet 2002, *Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, EU:C:2002:434.

C.J.U.E. (GC), 2 octobre 2003, *Garcia Avello contre État belge*, C-148/02, EU:C:2003:539.

C.J.U.E. (GC), 19 octobre 2004, *Zhu et Chen contre Secretary of State for the Home Department*, C-200/02, EU:C:2004:639.

C.J.U.E. (GC), 2 mars 2010, *Rottmann contre Freistaat Bayern*, C-135/08, EU:C:2010:104.

C.J.U.E. (GC), 5 juin 2018, *Coman contre Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, EU:C:2018:382.

C.J.U.E. (GC), 12 mars 2019, *Tjebbes et autres contre Minister van Buitenlandse Zaken*, C-221/17, EU:C:2019:189.

C.J.U.E. (GC), 18 janvier 2022, *JY contre Wiener Landesregierung*, C-118/20, EU:2022:34.

C.J.U.E., affaire pendante, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, C-2/21.

### Doctrine

D. De Groot, « CJEU asked to rule on acquisition of nationality in light of EU citizenship : The fundamental status on the horizon? (C-118/20 JY v Wiener Landesregierung) », *EU Law Analysis*, juin 2020.

D. A.J.G. De Groot, « EU law and the mutual recognition of parenthood between Member States : the case of V.M.A. v Stolichna Obsthina », *Special Report European University Institute*, 2021.

P. Cabral, « Protecting the right to a nationality for children of same-sex couples in the EU – A key issue before the CJUE in V.M.A. v Stolichna Obsthina (C-490/20) », *European Network on Statelessness*, 3 février 2021.

J.-Y. Carlier, « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt Coman (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Coman, 5 juin 2018) », *Rev. trim. D.H.*, 2019.

J.-Y. Carlier et P.-A. Van Malleghem, « Libre circulation des personnes », *Chronique annuelle de jurisprudence, Journal de droit européen*, avril 2022, à paraître.

P. Hammje, « Obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un État membre aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *R.C.D.I.P.*, 2018.

D. Hanf, « “Reverse Discrimination” in EU Law : Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011.

D. Kochenov et U. Belavusau, « Same-sex spouses in the EU after Coman : More free movement, but what about marriage ? », European University Institute, Working Paper Law, 2019.

A. Lansbergen, « [Case Summary and Comment: Case C-256/11, Dereci and others v Bundesministerium für Inneres](#) ».

K. Lenaerts, I. Maselis et K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford, Oxford EU Law Library, 2014.

A. Mazurczak, « [Poland’s Supreme Administrative Court recognizes Same-sex Parents](#) », *Verfassungsblog on matters constitutional*, 2018.

J. Meeusen, « [Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens – Brief comments on the CJEU’s Pancharevo judgement](#) », University of Antwerp, Belgium, 2022.

A. Panet-Marre, « Statut personnel et droit de l’Union européenne – Retour sur l’émergence d’une “méthode” de reconnaissance », *R.A.E. – L.E.A.*, 2020/4.

J. Rondu, *L’individu, sujet du droit de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

E. Spaventa, « Seeing the Wood Despite the Trees ? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects », *C.M.L.R.*, 2008.

E. Stoppioni, « [Une analyse critique de l’arrêt Coman : déconstruction de la consécration de l’obligation de reconnaissance du droit de séjour du conjoint homosexuel](#) », *European Papers*, 2019.

D. Thienpont, « L’arrêt SM et le quasi-droit au séjour des enfants recueillis par kafala : un pas supplémentaire vers la protection de la pluralité des familles dans l’espace européen », *R.T.D.F.*, 2/2021.

A. Tryfonidou, « [An analysis of the ECJ ruling in case C-673/16 Coman. The right of same-sex spouses under EU law to move freely between EU Member States](#) », Network of European LGBTIQ Families associations, 2019.

A. Tryfonidou, « [The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law : A Critical View of the ECJ’s V.M.A. Ruling](#) », *European Law Blog*, 21 décembre 2021.

### Divers

[Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Union de l’égalité : stratégie en faveur de l’égalité de traitement à l’égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025 \(COM/2020/698 final\)](#), publiée le 12 novembre 2020.

**Pour citer cette note** : A. STAMATOPOULOS, « La reconnaissance des actes de naissance mentionnant comme parents deux personnes de même sexe dans l’Union européenne : analyse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice », *Cahiers de l’EDEM*, avril 2022.

## 2. CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS, ARRÊT N°254189 DU 7 MAI 2021

### *L'intérêt supérieur de l'enfant et l'effet direct de l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant dans le cadre d'une procédure 9bis.*

Aline Bodson

#### A. Arrêt

##### 1. Les faits et l'acte attaqué

La requérante, de nationalité rwandaise, arrive sur le territoire belge le 18 janvier 2015 accompagnée de ses deux enfants mineurs. Ne disposant que d'un visa de courte durée valable un mois, elle introduit une demande de protection internationale le 19 février 2015. Le 12 août de la même année, son mari, le requérant, la rejoint sur le territoire belge. Cinq jours plus tard, celui-ci introduit également une demande de protection internationale. Le Commissaire Général aux Réfugiés et aux Apatrides (ci-après le C.G.R.A.) rejette les deux demandes de protection le 28 janvier 2016. Le recours introduit par les requérants devant le Conseil du contentieux des étrangers (ci-après le C.C.E.) est rejeté et deux ordres de quitter le territoire sont notifiés à ces derniers.

Par la suite, quatre autres demandes de protection internationale seront formées entre le 27 juillet 2016 et le 1<sup>er</sup> août 2018, sans succès.

Le 27 novembre 2019, les requérants introduisent une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9bis de la [loi du 15 décembre 1980](#). Cette demande est déclarée irrecevable le 12 novembre 2020. Celle-ci est motivée par le fait que les éléments invoqués ne constituent pas des circonstances exceptionnelles au titre de l'article 9bis de la loi. Ni la procédure de protection internationale en cours de traitement, ni l'attestation d'immatriculation, ni les craintes de persécution, ni la scolarité des enfants en Belgique, ni la durée du séjour ou la qualité de l'intégration ou encore les bonnes chances de trouver un emploi sur le territoire ne constituent de telles circonstances.

Un recours contre cette décision a été introduite par les requérants devant le C.C.E. Celui-ci fait l'objet de la décision annotée.

##### 2. Les arguments des requérants quant à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant

Les requérants prennent un moyen unique composé de plusieurs branches. Le présent commentaire se concentre uniquement sur les arguments fondés sur l'intérêt supérieur de l'enfant (ci-après « I.S.E. »).

Principalement, les requérants reprochent à la partie défenderesse de s'être abstenue « de prendre en compte (...) l'intérêt supérieur des enfants, en violation de l'article 8 de la CEDH mais également de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. [Ils] reprochent ainsi surtout à la partie adverse de s'être abstenue d'examiner l'impact d'un changement de système



éducatif (...) »<sup>1</sup> et de langue d'enseignement<sup>2</sup>. Ils ajoutent que si la partie adverse avait effectivement effectué une mise en balance des intérêts en présence, « *quod non*, elle serait parvenue au constat d'un rapport disproportionné entre le but visé et la gravité de l'atteinte [à leurs] droits (*sic*) au respect de leur vie privée et familiale »<sup>3</sup> car un tel changement de système éducatif et de langue, même temporaire, porterait indéniablement préjudice aux enfants.

Par ailleurs, les requérants estiment que la partie défenderesse s'est contentée d'une motivation stéréotypée et lacunaire en indiquant de manière laconique que « la scolarité d'enfants mineurs (...) est une obligation légale dont l'accomplissement ne constitue pas, en soi, une circonstance exceptionnelle »<sup>4</sup>. Ils indiquent qu'une telle motivation « ne tient pas correctement compte des circonstances de l'espèce et des informations ayant été communiquées à la partie adverse, en violation de l'obligation formelle (*sic*) des actes administratifs »<sup>5</sup>.

Dans une note d'observation, la partie défenderesse a émis des doutes quant à la recevabilité du moyen de contestation « en ce qu'il est tiré d'une violation de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant sans qu'il ne soit démontré que cette disposition serait d'application directe en droit belge »<sup>6</sup>. Après avoir brièvement rappelé ce qu'implique la notion d'effet direct (ci-après « E.D. »), les requérants répondent à cette note et reconnaissent que la question de l'E.D. de l'article 3.1 de la [Convention Internationale des droits de l'enfant](#) (ci-après « CIDE ») est controversée. Le C.C.E., le Conseil d'état ainsi que la Cour de cassation ayant estimé à de multiples reprises que l'article 3.1 de la CIDE n'est pas directement applicable en droit belge. Toutefois, ils rappellent que ce positionnement n'est pas unanime et certaines juridictions de fond ont statué en sens contraire. Ils soutiennent que le prescrit de l'article 3.1 de la CIDE répond aux conditions de l'application directe d'un texte dans l'ordre juridique belge.

Enfin, ils arguent à titre subsidiaire que si le C.C.E. devait considérer que l'article 3.1 de la CIDE n'a pas d'E.D., « il conviendrait à tout le moins d'accueillir le moyen unique (...) en ce qu'il est également fondé sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, disposition internationale dont l'applicabilité directe n'est plus aucunement contestée, et dont l'interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme impose de tenir compte de manière primordiale de l'[I.S.E.] (...) »<sup>7</sup>. Pour rappel, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après C.E.D.H.) inscrit le droit au respect de la vie privée et familiale. Si le texte de loi ne fait pas directement mention du principe de l'I.S.E., les requérants considèrent que l'obligation de prendre en compte celui-ci a été intégré à cet article dans une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>89</sup>. La C.E.D.H. ayant incontestablement E.D. dans notre ordre juridique belge, les requérants

---

<sup>1</sup> C.C.E., arrêt 254189 du 7 mai 2021, n° 3.1.1. b).

<sup>2</sup> En Belgique, les enfants suivaient un cursus scolaire en néerlandais. Le retour au Rwanda impliquerait donc un changement de langue d'enseignement.

<sup>3</sup> C.C.E., arrêt 254189 du 7 mai 2021, n° 3.1.1. c).

<sup>4</sup> *Ibidem*, n° 3.1.2. e).

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, n° 3.1.2. a).

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *A.B. et autres c. France*, 12 juillet 2016, §151 ; Cour eur. D.H., arrêt *Popov C. France*, 19 avril 2012, §140.

<sup>9</sup> À ce sujet, voy. L. COOLS, « L'enfermement d'enfants migrants à la lumière de la jurisprudence belge et strasbourgeoise » in *20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains* (coord. S. SAROLEA et A. SINON), Anthémis, Limal, 2021, pp. 270-271.

utilisent dès lors son article 8 comme base légale subsidiaire, dans le cas où le C.C.E. ne reconnaîtrait pas d'E.D. à l'article 3.1. de la CIDE.

### 3. La décision du C.C.E.

Quant à la violation de l'article 3.1 de la CIDE et l'argument des requérants selon lequel il n'aurait pas été tenu compte de l'I.S.E. dans la décision attaquée, « le conseil rappelle que (...), cette disposition n'a pas de caractère directement applicable et n'a dès lors pas l'aptitude à conférer par elle-même des droits aux particuliers dont ces derniers pourraient se prévaloir devant les autorités nationales, administratives ou juridictionnelles, sans qu'aucune mesure interne complémentaire soit nécessaire à cette fin (...) »<sup>10</sup>. S'agissant de la prise en considération de l'I.S.E. sur la base de l'article 8 de la C.E.D.H., le Conseil ne s'est pas prononcé.

Concernant la scolarité des enfants, le changement de langue d'enseignement et la non-prise en compte de l'I.S.E., le Conseil indique que ces éléments ont été analysés correctement par la partie défenderesse qui a indiqué qu'« aucun élément concret et pertinent n'est apporté au dossier qui démontrerait qu'une scolarité ne pourrait être temporairement poursuivie au pays où les autorisations de séjour sont à lever (...) »<sup>11</sup>. Le C.C.E. estime que la partie requérante n'a pas amené de tels éléments en se contentant d'indiquer qu'en Belgique les enfants vont à l'école en néerlandais, sans en tirer aucune conséquence. Dès lors, il conclut au non-fondement du grief de défaut de motivation de l'acte attaqué.

## B. Éclairage

Ce commentaire analyse l'arrêt prononcé quant à la manière dont il prend en compte l'intérêt supérieur de l'enfant (ci-après l'I.S.E.). Il rappelle d'abord brièvement en quoi consiste la procédure inscrite à l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980 (ci-après la procédure 9*bis*) et ensuite ce que recouvre l'I.S.E. Il étudie ensuite le concept de l'E.D. et la position des hautes juridictions belges concernant l'article 3.1 de la CIDE. Enfin, il analyse les implications du rejet de l'E.D. de l'article 3.1. de la CIDE *in casu* et propose une méthodologie qui soit en conformité avec les exigences que l'I.S.E. fait peser sur les Etats.

A titre liminaire, l'on précise que la décision annotée n'est pas isolée, en ce sens que les recours contre des décisions de refus d'autorisation demandées par des familles avec enfants sur la base de l'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980 sont fréquents. De la même manière, elle ne constitue pas un tournant jurisprudentiel puisque la réponse du Conseil et plus particulièrement son refus d'admettre un E.D. à l'article 3.1. de la CIDE s'inscrit dans une jurisprudence constante. C'est précisément parce que ce genre de décision est « monnaie courante » qu'il est essentiel de l'analyser dès lors qu'elle nous paraît devoir être questionnée.

---

<sup>10</sup> C.C.E., arrêt 254189 du 7 mai 2021 n°4.1.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

## 1. La procédure 9bis

L'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 introduit une exception au principe de sollicitation préalable et à partir du lieu de résidence du demandeur de l'autorisation d'entrée et de séjour<sup>12</sup>. Celui-ci met en place « un régime général permettant à un étranger de solliciter directement en Belgique une autorisation d'y séjourner. Cette possibilité est soumise à la démonstration de l'existence de « circonstances exceptionnelles ». Celles-ci ne sont pas autrement définies dans la loi »<sup>13</sup> mais sont à apprécier au cas par cas<sup>14</sup>. « L'intéressé doit démontrer qu'il lui est impossible ou particulièrement difficile de retourner demander une autorisation de séjour dans son pays d'origine ou dans un pays où il est autorisé au séjour, en raison d'éléments qui peuvent se situer aussi bien en Belgique qu'ailleurs »<sup>15</sup>. Aucune référence à l'I.S.E. n'est faite dans les articles de loi mettant en place la procédure 9bis.

## 2. Le principe de l'I.S.E.

En vertu de l'article 3.1 de la CIDE et de l'article 22bis, al. 4, de la [Constitution belge](#), l'I.S.E. doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent un ou des enfant(s).

Selon le Comité des droits de l'enfant (ci-après « C.D.E. »), l'I.S.E. comprend trois dimensions : il s'agit d'un droit de fond, d'un principe juridique interprétatif et d'une règle de procédure ([Observation générale n°14](#), §6). En tant que règle de procédure, l'I.S.E. impose une évaluation des incidences de toute décision prise si elle implique un ou plusieurs enfant(s) et une détermination de ce qui est le plus indiqué pour ces derniers<sup>16</sup>. Cela implique que « les tribunaux sont tenus de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en considération dans toutes les situations et toutes les décisions, qu'elles portent sur la procédure ou le fond, ainsi que de démontrer que tel a été le cas » ([Observation générale n°14](#), §29). Afin d'éviter toute mécompréhension, le C.D.E. précise qu'il faut entendre par « tribunaux » les organes juridictionnels de tous les types et de tous les degrés, dès qu'il s'agit d'une procédure concernant des enfants, sans restriction ([Observation générale n°14](#), §27).

En d'autres termes, en vertu de la CIDE, il revient à tous les tribunaux, et donc également au C.C.E. en degré d'appel, de vérifier que l'I.S.E. a été pris en compte dans toutes les décisions concernant un enfant.

---

<sup>12</sup> Article 9bis, al. 2 de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>13</sup> F. COLLIENNE et P. WAUTELET, « 1 - Introduction générale – ou le droit des étrangers pour les non initiés » in Wautelet, P. et Collienne, F. (dir.), *Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 43.

<sup>14</sup> Circulaire relative aux modifications intervenues dans la réglementation en matière de séjour des étrangers suite à l'entrée en vigueur de la loi du 15 septembre 2006, *M.B.*, 21 juin 2007, point M.2.B.2.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 174.

### 3. Le mécanisme juridique de l'E.D.

La partie requérante rappelle ce à quoi la notion d'E.D. fait référence<sup>17</sup>, à savoir « l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'Etat où cette règle est en vigueur »<sup>18</sup>.

Classiquement, la Cour de cassation considère que l'applicabilité directe<sup>19</sup> d'une norme est soumise à deux conditions cumulatives : premièrement, il faut que l'obligation exprimée par cette dernière soit complète et précise, il s'agit là du critère *objectif*<sup>20</sup> ; deuxièmement, il faut que le législateur ait eu l'intention que la norme soit directement applicable lors de son adoption, il s'agit là du critère *subjectif*<sup>21</sup>. Toutefois, comme le rappelle A.-C. Rasson, « la tendance générale consiste aujourd'hui à privilégier la clarté et la précision de la norme »<sup>22</sup>. Il semblerait donc que le critère subjectif, qui se confond d'ailleurs souvent avec le critère objectif, soit passé au second plan<sup>23</sup>.

Les hautes juridictions belges semblent plutôt réfractaires à reconnaître un effet direct à l'article 3.1 de la CIDE.

Dans un [arrêt du 22 juillet 2003](#), la Cour constitutionnelle a éludé cette question relevant que lorsqu'elle est « compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique » (B.4.2.). En d'autres termes, la sauvegarde de l'I.S.E. sur la base de l'article 3.1 de la CIDE peut être invoquée par un particulier devant elle sans que la question de l'applicabilité directe doive être discutée. C'est ici la responsabilité de l'Etat de respecter ses engagements internationaux qui est en cause.

La Cour de cassation, quant à elle, a jugé à plusieurs reprises<sup>24</sup> que le texte de l'article 3.1 de la CIDE n'est pas suffisamment précis et complet pour qu'un effet direct puisse lui être reconnu. Elle estime que, bien que cette disposition puisse être utile pour interpréter d'autres textes, la condition du critère objectif développé *supra* n'est pas remplie et que cette norme ne peut servir de « source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers »<sup>25</sup>.

Dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat considère que l'article 3.1 de la CIDE, tout comme l'article 8 de cette même convention, « ne créent en effet d'obligations qu'à

---

<sup>17</sup> Il est à noter toutefois que le concept d'effet direct varie d'un système juridique national à un autre. À ce sujet, voy. D. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, « Le droit international devant le juge belge », *R.B.D.C.*, 2013/3-4, p. 302.

<sup>18</sup> C.C.E., arrêt 254189 du 7 mai 2021, n° 3.1.2. a).

<sup>19</sup> Le terme « applicabilité directe » est un synonyme du terme « effet direct ».

<sup>20</sup> A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », *Semper perseverans : liber amicorum André Alen*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 742.

<sup>21</sup> G. MATHIEU, *Droit de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 22. Voy. l'arrêt de principe : Cass., 21 avril 1983, *J.T.*, 1984, p. 212 et *R.C.J.B.*, 1985, p. 26, note M. Waelbroeck.

<sup>22</sup> A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, *op. cit.*, p. 742 ;

<sup>23</sup> D. VAN EECKHOUTTE et J. WOUTERS, *op. cit.*, p. 316.

<sup>24</sup> Voy. entre autres Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p.588 ; Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712.

<sup>25</sup> Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 588.

charge des Etats parties et n'ont pas l'aptitude à conférer par elles-mêmes des droits aux particuliers, dont ceux-ci pourraient se prévaloir devant les autorités nationales, administratives ou juridictionnelles, sans qu'aucune mesure interne complémentaire ne soit nécessaire à cette fin »<sup>26</sup>.

La jurisprudence des hautes juridictions semble être en défaveur de l'applicabilité directe de l'article 3.1 de la CIDE. Si la Cour constitutionnelle botte en touche, les deux autres juridictions citées sont formelles : il n'y a pas d'E.D. Toutefois, bien que la *ratio decidendi* des hautes instances soit souvent suivie par les juridictions inférieures, la règle du précédent ne trouve pas à s'appliquer en Belgique<sup>27</sup>. Cela implique que les juges du fond adoptent parfois une autre approche<sup>28</sup>. Ainsi, par exemple, la Chambre du Conseil de Bruxelles en 2002 dans l'affaire Tabitha, le tribunal du travail de Bruges également en 2002, la cour du travail d'Anvers en 1999 ou, plus récemment, le président du Tribunal de première instance de Bruxelles en 2018, ont décidé que l'article 3.1 de la CIDE s'appliquait directement dans l'ordre juridique belge<sup>29</sup>.

Il est important de relever que le C.D.E. a précisé dans son observation générale n°14 que l'article 3.1 de la CIDE est directement applicable et peut donc être invoqué devant un tribunal (§6.A.). Cette opinion est partagée par une partie importante de la doctrine belge qui considère que les particuliers doivent avoir l'opportunité de se prévaloir, devant les autorités nationales, de l'obligation de l'État de prendre en compte l'I.S.E.<sup>30</sup> À ce sujet, certains auteurs rappellent l'*effet de standstill*<sup>31</sup> qui, à défaut d'E.D. de la de la disposition, interdit aux juridictions de faire « reculer de manière substantielle la garantie de ces droits par rapport à leur niveau antérieur sans justification suffisante tirée de l'intérêt général »<sup>32</sup>.

Enfin, s'il était admis il y a quelques années que les juges nationaux s'interrogent sur les implications que pouvaient avoir l'I.S.E. et l'appliquent donc avec plus de prudence, il n'en est plus question actuellement. L'obligation de prendre en compte l'I.S.E. est maintenant ancrée dans la doctrine internationale et nationale et les cours et tribunaux ont eu le temps de s'interroger et de développer

<sup>26</sup> C.E., 16 février 2016, n°233.836.

<sup>27</sup> F. DELPERÉE, Le revirement de jurisprudence en Belgique, Cahiers du conseil constitutionnel français n°20, juin 2006, disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-revirement-de-jurisprudence-en-Belgique](http://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-revirement-de-jurisprudence-en-Belgique).

<sup>28</sup> Pour une analyse approfondie de la jurisprudence des cours et tribunaux à ce sujet, voy. S. CHANNAOUI, « Quelle force pour les constatations des comités onusiens des droits de l'homme ? Le cas particulier du Comité des droits de l'enfant » in *20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains* (coord. S. SAROLEA et A. SINON), Anthémis, Limal, 2021, pp. 240-242.

<sup>29</sup> Bruxelles (mis. acc.), 16 octobre 2002, *Journ. Dr. Jeun.*, 2002, p.58 ; Arbeidsrechtbank Brugge (7<sup>e</sup> k.), 28 janvier 2002, n°24122001, *J.T.T.*, 2002/17, p.291 ; Arbeidshof Antwerpen, 7 mei 1999, commenté par S. BOUCKART et M.-C. FOBLET, « De betekenis van het Kinderrechtenverdrag in de context van illegale immigratie ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het arrest van het Arbeidshof Antwerpen van 7 mei 1999 », *T.J.K.*, 2001/1, pp. 24-34 ; J. Fierens, « À cause des péchés des pères », *Journ. dr. jeun.*, 2019/1, N°381, p.8.

<sup>30</sup> Voy. entre autres J. FIERENS, « L'intérêt supérieur de l'enfant et les mutilations génitales féminines » in *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales féminines*, Colloque organisé par Intact ASBL, 14 novembre 2014 ; G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 189 ; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », *op. cit.* et, dans une certaine mesure, S. BOUCKART et M.-C. FOBLET, « De betekenis van het Kinderrechtenverdrag in de context van illegale immigratie ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het arrest van het Arbeidshof Antwerpen van 7 mei 1999 », *op. cit.*

<sup>31</sup> Voy. par exemple G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, p. 40 et S. CHANNAOUI, *op. cit.*, p.234.

<sup>32</sup> I. HACHEZ, *Le standstill, ou comment les juges ont permis de mieux protéger les droits fondamentaux en limitant les possibilités de recul*, 12 février 2016, disponible sur [https://www.justice-en-ligne.be/Le-standstill-ou-comment-les-juges?utm\\_source=moteur\\_jel&utm\\_medium=thematique&utm\\_campaign=recherche](https://www.justice-en-ligne.be/Le-standstill-ou-comment-les-juges?utm_source=moteur_jel&utm_medium=thematique&utm_campaign=recherche).

une jurisprudence abondante quant aux implications et à la mise en œuvre du principe *in casu*. D'autant que le C.D.E., dans son observation générale n°14 précitée, a précisé le contenu de ce principe et a donné suffisamment d'éléments de compréhension du principe aux cours et tribunaux nationaux.

#### 4. Les conséquences du refus de l'E.D. de l'article 3.1 CIDE dans l'affaire commentée

Quelles sont les conséquences du refus de reconnaître un E.D. à l'article 3.1. de la CIDE *in casu* ?

Principalement, en refusant de reconnaître l'applicabilité de l'article précité, le C.C.E. affaiblit considérablement le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en compte de manière effective. Comme mentionné *supra*, l'I.S.E. dans son aspect procédural implique que les cours et tribunaux en appel vérifient que ce principe ait été pris en considération. Ce contrôle de légalité, même marginal, donne au juge la possibilité d'estimer que la procédure n'a pas été respectée à défaut de l'administration de montrer qu'elle a dument pris en compte l'impact de la décision sur les droits de l'enfant.

Permettre aux particuliers de faire grief d'un manque de considération du principe devant les tribunaux grâce à la reconnaissance d'un E.D. garantirait le respect de ce droit procédural. Même dans un contentieux limité à l'analyse de la légalité, une irrégularité procédurale peut conduire à une annulation. Or, *in casu*, le Conseil a estimé que l'article 3.1. de la CIDE n'était pas directement applicable et en a conclu qu'il ne devait pas vérifier la prise en compte de l'I.S.E. dans la décision querellée. Par ailleurs, la vérification opérée par le C.C.E. en réponse au grief tiré du défaut de motivation ne comble pas, selon nous, l'obligation de contrôle en vertu de l'article 3.1. de la CIDE. En effet, il faut que la vérification puisse être faite dans toutes les situations où les requérants soulèvent un défaut de prise en compte sur la base de l'article 3.1. de la CIDE, quelles que soit les autres bases légales invoquées à titre subsidiaire. Il incombe au juge de vérifier si la procédure a été régulière, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant étant un élément constitutif de cette régularité.

La question de l'effet direct de l'article 3.1. de la CIDE est, et restera probablement, controversée. Au-delà de cette question procédurale, de nombreux auteurs plaident pour qu'en tout état de cause, le droit à la prise en compte de l'I.S.E. puisse être revendiqué par les particuliers devant les juridictions belges. Les arguments en faveur de cette position sont divers : certains auteurs considèrent que les conditions de l'E.D. sont remplies par l'article 3.1 de la CIDE<sup>33</sup>, d'autres avancent l'applicabilité directe de l'article 22bis de la Constitution<sup>34</sup>, d'autres encore plaident pour une consécration de l'I.S.E. comme principe général de droit<sup>35</sup> et certains enfin, comme les requérants à la cause, envisagent la prise en compte de l'I.S.E. par le prisme de l'article 8 de la C.E.D.H.

Nous rejoignons la position majoritaire de la doctrine belge sur ce point : la prise en compte de l'I.S.E. est un droit de fond que les particuliers doivent pouvoir faire valoir devant les cours et tribunaux belges. Comme cela vient d'être exposé, de multiples mécanismes juridiques peuvent être avancés pour soutenir cette position. Autant d'argument qu'aurait pu utiliser le C.C.E. pour justifier la

<sup>33</sup> A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, *op. cit.*, pp. 746-748.

<sup>34</sup> La question de l'effet direct de l'article 22bis de la Constitution est tout autant débattue, à ce sujet voy. notamment A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, *op. cit.*, pp. 739-751.

<sup>35</sup> J. FIERENS, « L'intérêt supérieur de l'enfant et les mutilations génitales féminines », *op. cit.*, p.18.

vérification de la prise en compte de l'I.S.E. dans la décision du C.G.R.A. Dans ce contexte, il nous semble que continuer à opposer la non-applicabilité de l'article 3.1. de la CIDE est une excuse afin de justifier une position implicite du C.C.E. : dans ce type de décision, l'intérêt de l'État à avoir une politique migratoire efficace prime et, face à celui-ci, l'intérêt individuel de l'enfant ne fait pas le poids. Ceci nous semble d'autant plus évident que le Conseil n'a pas dédaigné répondre à l'argument subsidiaire des requérantes, à savoir l'obligation de prise en compte de l'I.S.E. par le prisme de l'article 8 de la C.E.D.H. Se faisant, le C.C.E. campe sur sa position, justifie celle-ci de manière laconique en opposant la non-applicabilité directe de l'article 3.1. de la CIDE et reste aveugle à tout autre argument pouvant le contredire.

#### 5. La prise en compte de l'I.S.E. dans la procédure 9bis

Il se déduit de ce qui précède que l'I.S.E. doit être pris en compte tout au long de la procédure 9bis dès qu'un enfant est concerné :

Cela implique d'une part que l'O.E. doit prendre en compte l'I.S.E. de manière primordiale lorsqu'il analyse une demande d'autorisation de séjour formée sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 et impliquant un enfant. Cela signifie qu'en cas d'intérêts opposés, en l'occurrence l'intérêt individuel de l'enfant et l'intérêt général d'avoir une politique migratoire efficace, l'intérêt de l'enfant doit être une considération particulièrement importante. Toutefois, il ne doit pas pour autant être le seul élément déterminant, les autres intérêts en jeux pouvant également être pris en compte (Observation générale n°14, §§ 36-40)<sup>36</sup>.

D'autre part, cela implique que le C.C.E., lorsqu'il est amené à contrôler la légalité d'une décision quant à une procédure 9bis impliquant un enfant, est tenu de vérifier que l'I.S.E. a bien été pris en compte en premier degré. Comme déjà développé préalablement, cette vérification en aval, même marginale, est importante car elle permet d'assurer que les droits de l'enfant ont été respectés par l'autorité administrative. Les particuliers doivent donc pouvoir être en mesure de requérir ce contrôle devant le C.C.E., que ce soit grâce à la reconnaissance de l'E.D. de l'article 3.1. de la CIDE ou par le biais des autres mécanismes juridiques présentés *supra*. Le cas échéant, nous sommes d'avis que l'obligation de prise en considération de l'I.S.E. devrait être mentionnée explicitement à l'article 9bis de la loi sur les étrangers, comme cela est déjà le cas pour d'autres procédures visées par cette législation. De cette façon, les particuliers pourraient faire grief d'un manque de prise en considération de ce principe lors de ce type de procédure, sans que la question de l'E.D. doive être discutée.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** Conseil du Contentieux des Étrangers, arrêt n°254189 du 7 mai 2021.

---

<sup>36</sup> Pour une analyse plus approfondie de cette question, voy. par exemple 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 ?*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 177-178.

**Jurisprudence :**

Cass., 4 novembre 1999, Pas., 1999, p. 588

Arbeidsrechtbank Brugge (7<sup>e</sup> k.), 28 janvier 2002, n°24122001, *J.T.T.*, 2002/17, p. 291

Bruxelles (mis. acc.), 16 octobre 2002, *Journ. Dr. Jeun.*, 2002, p.58

Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712.

C.E., 16 février 2016, n°233.836.

**Doctrine :**

BOUCKART, S. et FOBLET, M.-C., « De betekenis van het Kinderrechtenverdrag in de context van illegale immigratie ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het arrest van het Arbeidshof Antwerpen van 7 mei 1999 », *T.J.K.*, 2001/1, pp. 24-34.

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

CHANNAOUI, S., « Quelle force pour les constatations des comités onusiens des droits de l'homme ? Le cas particulier du Comité des droits de l'enfant » in *20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains* (coord. S. SAROLEA et A. SINON), Anthémis, Limal, 2021, p. 193-258.

COLLIENNE, F. et WAUTELET, P., « 1 - Introduction générale – ou le droit des étrangers pour les non initiés » in WAUTELET, P. et COLLIENNE, F. (dir.), *Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, 1<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 9-52.

COOLS, L., « L'enfermement d'enfants migrants à la lumière de la jurisprudence belge et strasbourgeoise » in *20 ans après l'affaire Tabitha, de nouvelles plumes pour analyser la détention d'enfants migrants à la lumière des droits humains* (coord. S. SAROLEA et A. SINON), Anthémis, Limal, 2021, pp. 259-271.

DELPÉRÉE, F., Le revirement de jurisprudence en Belgique, Cahiers du conseil constitutionnel français n°20, juin 2006, disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-revirement-de-jurisprudence-en-Belgique](http://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-revirement-de-jurisprudence-en-Belgique).

FIERENS, J., « L'intérêt supérieur de l'enfant et les mutilations génitales féminines » in *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales féminines*, Colloque organisé par Intact ASBL, 14 novembre 2014.

FIERENS, J., « À cause des péchés des pères », *Journ. dr. jeun.*, 2019/1, N°381, p.8.

HACHEZ, I., « Le standstill, ou comment les juges ont permis de mieux protéger les droits fondamentaux en limitant les possibilités de recul », 12 février 2016, disponible sur [https://www.justice-en-ligne.be/Le-standstill-ou-comment-les-juges??utm\\_source=moteur\\_jel&utm\\_medium=thematique&utm\\_campaign=recherche](https://www.justice-en-ligne.be/Le-standstill-ou-comment-les-juges??utm_source=moteur_jel&utm_medium=thematique&utm_campaign=recherche)



MATHIEU, G. et RASSON, A.-C., « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 167-189.

MATHIEU, G., *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014.

Rasson, A.-C., « « 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 ?*, 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 159-188

RASSON-ROLAND, A. et RASSON, A.-C., « L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne », *Semper perseverans : liber amicorum André Alen*, Anvers, Intersentia, 2020, pp. 739-751.

SAROLEA, S., « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM*, novembre 2016.

VAN EECKHOUTTE, D. et WOUTERS, J., « Le droit international devant le juge belge », *R.B.D.C.*, 2013/3-4, p. 299-331.

**Pour citer cette note** : A. BODSON, « L'intérêt supérieur de l'enfant et l'effet direct de l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant dans le cadre d'une procédure 9bis », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2022.

### 3. COUR FÉDÉRALE DU CANADA, 28 AVRIL 2021, IAN GEORGE MOWATT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 2021 CF 371

#### *Retour sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision d'expulsion du territoire canadien d'un père ayant un enfant en charge*

*Benjamin Kagina Senga*

#### A. Décision de la Cour

##### 1. Les faits :

Le demandeur, Ian George Mowatt, est de nationalité jamaïcaine et réside de manière permanente au Canada depuis le 15 août 2014. Il est entré une première fois au Canada en décembre 2009, puis une seconde fois en décembre 2010. En 2012, il s'est marié avec une femme ayant le titre de résidence permanente au Canada et grâce à ce mariage il l'a obtenu, à son tour, obtenu. Le couple s'est toutefois séparé en 2014 avant que le divorce soit prononcé en 2015.

Lors de sa venue au Canada en 2010, le demandeur avait déjà 3 filles : une de 9 ans et deux autres de 22 ans. Dès qu'il a obtenu la résidence permanente au Canada, il a introduit une demande de regroupement avec ses trois dernières. Cette demande fut acceptée en 2015 et la même année, elles ont immigré au Canada (§6).

Le demandeur a été déclaré coupable à deux reprises pour détention de marijuana, en 1996 dans l'État de New York et en 1999 au Texas, et ce, sous un ou plusieurs noms d'emprunt (§3 et §49). Toutefois, lors de sa demande de parrainage comme époux, aucune référence n'a été faite à ces antécédents criminels, au fait qu'il avait été fait usage de nom d'emprunt ou qu'un ordre de quitter un autre pays lui avait été notifié (§5).

##### 2. La décision

La requête sous examen porte sur le contrôle judiciaire d'une décision d'expulsion rendue par la Section d'Appel d'Immigration (ci-après « SAI») le 7 février 2020. La SAI lui reprochait d'avoir fait de fausses déclarations dans le cadre de sa procédure de parrainage pour le Canada (§3). La SAI a donc conclu que la mesure d'exclusion était valide en droit et qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour justifier la prise de mesures spéciales (§10).

Dans sa requête, le demandeur pose trois questions à la Cour fédérale, à savoir : les conclusions de la SAI étaient-elles déraisonnables ? La SAI a-t-elle commis une erreur de fait ou de droit ? La SAI a-t-elle respecté l'équité procédurale en statuant sur l'appel en l'espèce, étant donné le rôle des tribunaux administratifs ?

Dans le cadre de ce commentaire, nous nous concentrons uniquement sur la deuxième question. En effet, dans son examen relatif à cette deuxième question, la Section d'Appel de l'Immigration du Canada souligné qu'il «est dans l'intérêt de l'enfant mineur du requérant, qu'elle retourne dans son

pays d'origine avec son père. Elle soutient *in fine* que ce retour permettrait à cet enfant de vivre dans le même pays que sa mère et son père biologiques » (§16). Cette décision de la SAI n'a pris soin ni d'analyser le niveau d'intégration de cet enfant au Canada en vue d'évaluer l'impact qu'une telle mesure aura sur l'enfant ni sur son degré de dépendance avec ses deux parents. L'enfant était séparée de sa mère biologique depuis plus de 5 ans ; au Canada, elle fréquentait l'école et obtenait de bons résultats scolaires (§16). C'est donc pour cette raison que « (...) le demandeur soutenait que l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant faite par la SAI était déraisonnable » (§38) car il (demandeur) considérait qu'il était dans l'intérêt supérieur de sa fille mineure de ne pas être expulsée.

## B. Eclairage

Cet arrêt donne l'occasion de revenir sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant (ci-après « ISE ») dans une décision d'expulsion d'un des parents en droit canadien (1), en comparaison avec les autres systèmes juridiques, notamment celui de l'Union européenne (2). Cette comparaison avec le droit de l'Union européenne se justifie par le fait que le système régional européen donne des éléments de compréhension de l'impact de l'I.S.E. sur le droit migratoire.

### 1. La CJUE et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision d'expulsion d'un parent : autre système, autre solution ?

La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la CJUE) accorde plus de poids à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de l'immigration que la Cour fédérale du Canada.

La CJUE a rendu plusieurs arrêts concernant la mise en œuvre de l'ISE en contexte migratoire et, plus spécifiquement, quant à l'expulsion d'un parent de l'enfant mineur. Bien que plusieurs de ces affaires présentent des similitudes avec l'arrêt commenté, c'est l'arrêt [M.A contre l'État belge](#) qui retient ici l'attention en raison de ses similitudes avec l'affaire commentée. Cette affaire fait suite à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat belge à la CJUE, formulée comme suit : « (...) si les États membres sont tenus de prendre dûment en compte l'ISE avant d'adopter une décision de retour, assortie d'une interdiction d'entrée, même lorsque le destinataire de cette décision est non pas un mineur, mais le père de celui-ci ? »<sup>1</sup>. Autrement dit, la juridiction de renvoi cherchait à savoir si l'obligation résultant de l'article 5 de la [Directive 2008/115](#) devrait également s'appliquer si le destinataire d'une décision de retour, assortie d'une interdiction d'entrée, est non pas un mineur, mais le père de celui-ci. En réponse à cette question, la CJUE a conclu qu'« il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'article 5 de la Directive 2008/115, lu en combinaison avec l'article 24 de la Charte, doit être interprété en ce sens que les États membres sont tenus de prendre dûment en compte l'intérêt supérieur de l'enfant avant d'adopter une décision de retour, assortie d'une interdiction d'entrée, même lorsque le destinataire de cette décision est non pas un mineur, mais le père de celui-ci »<sup>2</sup>. Tant cet arrêt que la décision canadienne portent sur une mesure

<sup>1</sup> C.J.U.E, 11 mars 2021, *M.A. c. État belge*, C-112/20, EU : C : 2021 :19.

<sup>2</sup> *Idem*, §43. Lire aussi : L. COOLS, « L'affaire M.A. : la Cour réaffirme la portée large du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la directive retour », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2021.

d'expulsion ou de retour d'un père ayant un enfant mineur à charge. Dans les deux cas, cette mesure d'expulsion était prise à l'encontre de leurs pères et non de ces enfants, mais avec des conséquences sur eux. Par contre, dans le cadre de l'affaire M.A, l'enfant avait la nationalité du pays de résidence (§15 de l'arrêt M.A), alors que dans l'affaire commentée, l'enfant mineur avait la résidence permanente dans son pays de résidence (Canada) (§6). Ceci étant, avec ce statut, elle jouissait de la majorité de droits et avantages réservés aux citoyens canadiens.

Les réponses jurisprudentielles sont différentes. Dans le cadre de l'affaire commentée, l'ISE mineur supposait qu'elle (la fille mineure du requérant) soit renvoyée dans son pays d'origine avec son père, alors que dans l'arrêt M.A, grâce à l'ISE, le père du mineur pouvait bénéficier d'un droit de séjour dérivé. Il faut rappeler que ce droit fut autrefois accordé à Madame Baker par la Cour suprême du Canada, mais refusé au requérant par la Cour fédérale dans l'affaire commentée<sup>3</sup>.

Ici, dans son évaluation de l'ISE, la Cour fédérale n'a pas fait référence aux critères définis par l'arrêt Baker à savoir « la réceptivité, l'attention et la sensibilité ». Elle s'est contentée de souscrire à la solution de retour de l'enfant mineur dans son pays d'origine comme relevant de son ISE sans pour autant démontrer en quoi cette solution était plus favorable que d'autres.

A l'opposé, dans l'affaire M.A, la CJUE a conclu que l'ISE devrait être pris en compte et en a déduit que M.A devait se voir octroyer un titre de séjour sur le territoire belge. A défaut, lui et sa fille de nationalité belge se seraient vus contraints de quitter le territoire de l'Union<sup>4</sup>. Si la solution similaire avait été adoptée par la Cour fédérale dans l'affaire commentée, elle aurait permis de maintenir le titre de séjour au père dans l'intérêt de son enfant mineur, garantissant de ce fait à cet enfant à la fois la stabilité et l'unité familiale.

L'on peut donc observer la différence d'approche entre la Cour de justice de l'Union et la Cour fédérale du Canada en ce qui concerne la place et ou le poids de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte migratoire. Si l'approche européenne (de la CJUE) est plus favorable à la prise en compte de ce principe dans le contexte de migration, celle du Canada paraît plus restrictive.

Il serait donc indispensable que le juge canadien à l'instar du juge européen fasse progresser le droit canadien en la matière, en engageant un dialogue constructif avec ses pairs. Comment cette approche restrictive s'observe-t-elle ?

## **2. Une approche restrictive de la prise en compte de l'ISE dans la décision d'expulsion d'un père devant la Cour fédérale du Canada ?**

---

<sup>3</sup> CSC, 09 juillet 1999, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n°25823, [1999] 2 RCS 817, §75 : « Il s'agissait dans cette affaire d'une mesure d'expulsion prise par un agent d'immigration à l'encontre d'une mère d'origine jamaïcaine ayant notamment en charge quatre enfants nés au Canada et possédant la citoyenneté canadienne, et ce, en raison d'un séjour illégal. Après des réponses négatives au niveau des instances inférieures, la Cour suprême du Canada fut saisie par la requérante et a reconnu la place primordiale de l'ISE dans le contexte migratoire. Cette décision emporta donc annulation de la mesure d'expulsion et maintien sur le territoire canadien de Madame Baker avec ses enfants».

<sup>4</sup> L. COOLS, « L'affaire M.A. : la Cour réaffirme la portée large du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la directive retour », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2021.

L'approche canadienne quant à l'ISE est restrictive en comparaison avec le standard international<sup>5</sup>. En droit international, le principe de l'ISE est consacré à l'article 3§1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#). Cet article stipule que « 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 ». Le Canada ayant ratifié cette Convention le 13 décembre 1991, il est donc tenu de mettre en œuvre ce principe.

Au niveau interne, le principe de l'ISE est repris par l'article 25(1) de la [loi sur l'immigration et la protection des réfugiés](#). Cet article consacre ce principe dans le cadre d'une demande d'un séjour pour motif d'ordre humanitaire et indique qu'« à la demande de l'étranger ou à son initiative, le Ministre peut soit octroyer le statut de résident permanent soit lever tout ou partie des critères et obligations applicables l'étranger présent ou non sur le territoire, pour des considérations humanitaires et compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant qui sera directement touché par cette mesure ». Il prescrit donc la prise en compte de l'ISE comme valeur primordiale dans les décisions sur l'immigration au Canada.

L'arrêt [Baker](#) rendu par la Cour suprême du Canada en 1999 a mis en œuvre ce principe. Il s'agissait dans cette affaire d'une décision d'expulsion d'une mère d'origine jamaïcaine avec ses quatre enfants nés au Canada et ayant la citoyenneté canadienne, et ce, en raison d'un séjour illégal. Dans le cadre de cet arrêt, la Cour suprême a d'abord réaffirmé que « (...) le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt »<sup>6</sup>.

Pour l'évaluation de l'ISE, la Cour suprême a défini trois critères à savoir « la réceptivité, l'attention et la sensibilité »<sup>7</sup>. Ces critères visent notamment à s'assurer que l'agent décideur accorde une place importante à l'intérêt de l'enfant. La Cour a rappelé que cette place primordiale ne signifie pas que « (...) l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations ou qu'il soit toujours minimisé par l'agent décideur »<sup>8</sup>. La prise en compte de ce principe dans le contexte de migration peut avoir notamment comme but de ne pas séparer un enfant d'avec ses parents par une décision de refus d'entrer ou d'expulsion du territoire d'un Etat<sup>9</sup>.

Il peut également viser à offrir à cette catégorie d'enfants un supplément de protection à cause de leur double vulnérabilité : en tant qu'enfant et en tant qu'« enfant migrant ou en situation de migration ».

En effet, le droit international de l'enfant interdit en principe la séparation de l'enfant avec ses parents. C'est notamment l'article 9(1) de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) qui stipule

---

<sup>5</sup> C. Péguy, *De l'intérêt de l'enfant à la reconnaissance du droit à une vie familiale normale : chemin accessible pour les étrangers ?*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, année universitaire 2007-2008. Lire aussi : S. SAROLEA, « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM*, novembre 2016.

<sup>6</sup> CSC, 09 juillet 1999, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n°25823, [1999] 2 RCS 817, §75.

<sup>7</sup> *Idem*, §73.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> S. SAROLEA, « De Strasbourg à Luxembourg, quels droits pour les familles migrantes? », *Revue québécoise de droit international*, décembre 2020, 439-464.

que « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré ». Cette interdiction se fonde sur la nécessité de respecter la vie familiale de l'enfant en vertu de l'article 16 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#). Dit autrement, c'est donc ce droit qui fonde l'obligation de préserver l'unité et le milieu familial de l'enfant en évitant toute forme de séparation. C'est aussi ce que le Comité des droits de l'enfant a rappelé dans son [Observation générale n°14](#), « la prévention de la séparation de la famille et la préservation de l'unité familiale, qui sont des pans importants du système de protection de l'enfance, ont pour fondement le droit énoncé au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention... »<sup>10</sup>. En droit canadien, ce droit de ne pas séparer un enfant de ses parents fut rappelé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt [Baker](#) cité ci-avant. Même si le contexte de cette affaire est légèrement différent de l'affaire commentée, les effets de cet arrêt auraient pu s'appliquer à l'affaire commentée. Dans les deux affaires, il s'agissait d'une mesure d'expulsion du territoire canadien d'un parent, la mère dans la première, et le père dans la seconde affaire.

Ainsi, il n'est donc pas en principe admis de séparer un enfant de ses parents ou des autres membres de sa famille. Au Canada, l'arrêt Baker avait conclu dans le même sens « (...) les décideurs qui prennent des mesures touchant aux enfants, doivent faire preuve **d'attention, de sensibilité et de l'épreuve** que celles-ci auront sur leurs droits ».

Or, dans l'arrêt commenté, les juges de la Cour fédérale se sont distancés des critères définis par Baker puisque l'analyse de l'ISE de la fille cadette du requérant y est laconique et incomplète. La Cour s'est appuyée sur les dispositifs de l'arrêt [Vavilov](#) qui recommandait aux cours supérieures « (...) de s'abstenir d'apprécier à nouveau la preuve examinée par le décideur et de modifier les solutions de faits, sauf circonstances exceptionnelles ». Cet arrêt Vavilov est lui-même illustratif de ce que pourrait être cette circonstance exceptionnelle<sup>11</sup>.

Dans le cas d'espèce, la prise en compte de l'ISE du requérant aurait à notre avis, suffi à justifier ces mesures exceptionnelles en faveur de cet enfant mineur. Il s'agit, faut-il les rappeler, de l'impact que cette mesure d'expulsion du père pouvait avoir sur son enfant mineur ; sur le degré d'intégration de l'enfant au Canada et de sa faible dépendance à ses parents (cause de son âge et ou de sa résilience à vivre sans l'un de ses parents pendant plus de 6 ans) ; du passé criminel de son père. Cette prise en compte aurait permis l'annulation de mesure d'expulsion du requérant, entraînant le maintien de cet enfant sur le territoire canadien avec son père. Et cette décision pouvait légitimement être prise par la Cour fédérale du Canada.

Ceci étant, le droit de ne pas séparer un enfant d'avec ses parents n'est pas absolu. Il existe des circonstances dans lesquelles cette séparation soit admise. L'article 9(1) de la Convention relative aux droits de l'enfant note qu' «... à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est

---

<sup>10</sup> Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, Genève, 29 mai 2013, p.8.

<sup>11</sup> D.NAKACHE, « Le contrôle judiciaire des décisions administratives : de la censure des décisions incorrectes et/ou déraisonnables », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020 : « La Cour suprême a établi qu'il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire devant le décideur pour qu'il la réforme, car M. Vavilov avait déjà soulevé toutes ces questions et rien n'avait fait changer d'avis la greffière. Les juges ont donc conclu que M. Vavilov est un citoyen canadien »

nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Plusieurs cas peuvent donc justifier cette séparation, c'est le cas des parents qui maltraitent ou négligent leur enfant notamment.

Dans le cas d'espèce, son intégration ; sa faible dépendance à son père ; son statut migratoire et la présence de ses sœurs au Canada, pouvait justifier le maintien de cet enfant au Canada après l'expulsion de son père. De plus, pour notre part, l'option d'expulsion de cet enfant mineur avec son père dans son pays d'origine ne pouvait se justifier qu'à titre exceptionnel et après une évaluation complète et individuelle de son bien-fondé. Une telle évaluation n'a pas été faite dans l'arrêt commenté. Cette mesure d'expulsion ne devrait pas être déduite du seul fait que son père et sa mère biologiques résideraient là-bas (§41).

Pour le Comité des droits de l'enfant, la solution de retour d'un enfant dans son pays d'origine aux fins de réunification, « (...) n'est pas dans son intérêt supérieur et ne devrait pas être imposée s'il existe un « risque raisonnable » ou qu'elle débouche sur la violation de droits fondamentaux de l'enfant »<sup>12</sup>. Il ajoute que « (...) ce retour ne doit en principe être organisé que s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>13</sup>. Ainsi, pour déterminer si tel est le cas, « il faut notamment se baser sur les critères suivants : – la situation en matière de sûreté, de sécurité et autre, ..., les possibilités de prise en charge de l'enfant considéré, le degré d'intégration de l'enfant dans le pays d'accueil et la durée de l'éloignement de son pays d'origine ; la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant ; etc. »<sup>14</sup>. La preuve de tous ces éléments n'apparaît pas dans l'arrêt sous examen. Car, au moment de la prise de l'arrêt commenté, cet enfant n'avait que 14 ans d'âge et qu'elle s'était séparée de sa mère biologique depuis 6 ans. Il y a aussi le comportement criminel et faussaire de son père qui pouvait conduire à s'interroger sur sa sécurité une fois à Jamaïque.

En définitive, nous estimons que l'approche canadienne de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de migration reste restrictive pour deux raisons principalement à savoir :

- Pour les faits presque similaires, la CJUE a admis la possibilité de faire bénéficier au père « expulsable » d'un titre de séjour sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant notamment, alors que la Cour fédérale a maintenu la mesure d'expulsion soutenant que cette mesure était neutre de l'ISE;
- La Cour fédérale n'a ni fait référence à l'arrêt Baker, qui en est pourtant la référence en la matière, ni aux critères progressifs qu'il (arrêt Baker) a posé dans l'évaluation de l'ISE dans le contexte de migration.

### C. Pour aller plus loin

**Lire l'arrêt :** [Cour fédérale du Canada, 28 avril 2021, Ian George Mowatt, 2021 CF 371](#)

---

<sup>12</sup> Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Genève, Trente-neuvième session 17 mai-3 juin 2005, §84.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

**Jurisprudence :**

CSC, 19 juillet 2019, [2019] CSC 65, Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov ;  
CSC, 09 juillet 1999, [1999] 2 RCS 817, Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ;

C.J.U.E, 11 mars 2021, M.A. c. État belge, C-112/20, EU : C : 2021 :19.

**Doctrine :**

L. COOLS, « L'affaire M.A. : la Cour réaffirme la portée large du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la directive retour », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2021 ;

D.NAKACHE, « Le contrôle judiciaire des décisions administratives : de la censure des décisions incorrectes et/ou déraisonnables », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020

S. SAROLEA, « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM*, novembre 2016 ;

S. SAROLEA, « De Strasbourg à Luxembourg, quels droits pour les familles migrantes? », *Revue québécoise de droit international*, décembre 2020, 439–464 ;

P. CHAHINE, *De l'intérêt de l'enfant à la reconnaissance du droit à une vie familiale normale : chemin accessible pour les étrangers ?*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, année universitaire 2007-2008.

**Autres :**

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Genève, Trente-neuvième session, 17 mai-3 juin 2005, §84 ;

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, Genève, 29 mai 2013, p.8.

**Pour citer cette note** : B. KAGINA SENGA, « Retour sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision d'expulsion du territoire canadien d'un père ayant un enfant en charge », *Cahiers de l'EDEM*, Avril 2022