

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quel rôle pour l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité d'un "bébé papier" ?

Bodson, Aline

Published in:

Cahiers de l'EDEM : Louvain Migration Case Law Commentary

Publication date:

2021

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Bodson, A 2021, 'Quel rôle pour l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité d'un "bébé papier" ? Commentaire de l'arrêt n°2020/FA/366 de la Cour d'appel de Bruxelles (néerl.), 30 mars 2021', *Cahiers de l'EDEM : Louvain Migration Case Law Commentary*. <<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/cour-d-appel-de-bruxelles-neerl-30-mars-2021-n-2020-fa-366.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.

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.

La Convention de Genève relative au statut des réfugiés fête déjà ses 70 ans mais elle est plus que jamais d'actualité. Pour en savoir plus, rendez-vous dans notre MOOC *Droit d'asile et des réfugiés*, en [anglais](#), dès le 7 septembre et en [français](#) dès le 21 septembre. Il a été piloté par les professeurs Jean-Yves Carlier et Sylvie Sarolea, de l'UCLouvain (EDEM). Destiné aux praticiens, aux acteurs de terrain, aux étudiants et aux chercheurs, il a pour objectif d'aider les apprenants à comprendre et à appliquer les notions complexes que sont l'asile, le principe de non-refoulement et la définition du réfugié. Outre les vidéos et les nombreuses ressources bibliographiques, il est composé d'infographies diverses et interactives, telles que des « genially », des lignes du temps ou encore des outils de communication comme le « Iframe ». Ces outils permettent de faire de l'apprentissage du droit des réfugiés une thématique vivante. Le cours va aussi à la rencontre d'acteurs de terrain, tels un directeur de centre d'accueil, une avocate en droit des étrangers, le président de la juridiction administrative afin d'illustrer les réalités des professionnels confrontés à ces situations.

Le cours est gratuit sauf si l'apprenant souhaite obtenir un certificat.

Rendez-vous sur le [site d'Edx](#) ! N'oubliez pas d'y créer un compte afin de pouvoir vous inscrire et consulter le cours.

Bonne découverte !

The 1951 Refugee Convention is celebrating its 70th anniversary and is more relevant than ever. To learn more about it, go to our online course *Asylum and Refugee Law*, in [English](#), from September 7 and in [French](#) from September 21. It was piloted by professors Jean-Yves Carlier and Sylvie Sarolea, from UCLouvain. Aimed at practitioners, field workers, students and researchers, its objective is to help the learners to understand and apply the complex notions of asylum, the principle of non-refoulement, and the definition of the refugee. In addition to videos and numerous bibliographical resources, it is composed of various interactive infographics, such as "genially", timelines or communication tools such as the "Iframe". These tools make learning about refugee law a living subject. The course also includes exchanges with people working in the field, such as the director of a reception center, a lawyer specializing in foreigners' rights, and the president of the administrative court, in order to illustrate the realities of professionals confronted with these situations.

The course is free unless the learner wishes to obtain a certificate.

The courses have been revised and completed to take into account recent developments in jurisprudence.

Registration is now open

Don't forget to create an account in order to register and consult the course. Enjoy the course!

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

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



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

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

Équipe :



Sommaire

1. **Cour d'appel de Bruxelles (néerl.), 30 mars 2021, n°2020/FA/366 – Quel rôle pour l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité d'un « bébé papier » ? Aline Bodson 3**
Intérêt supérieur de l'enfant – action en recherche de paternité frauduleuse – titre de séjour – « bébés-papiers » – art. 362 quinquies ancien code civil.
La Cour d'appel de Bruxelles se positionne quant à la mise en œuvre et l'interprétation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité dite frauduleuse (art. 332 quinquies ancien code civil).

2. **TPI, Bruxelles, 4^{ème} ch., 2 juillet 2021, RG n°20/777/A – La Cour constitutionnelle interrogée sur la constitutionnalité des règles applicables au contrôle de la détention administrative de l'étranger. Christelle Macq.....13**
Détention administrative – Délais applicables au pourvoi en cassation – Conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec les articles 5§4 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme – Réquisitoire de réécrou – Effets – Conformité à l'article 12 de la Constitution pris isolément ou lu en combinaison avec les articles 5 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.
La décision commentée statue sur une action en responsabilité intentée à l'égard de l'État belge par un étranger privé de liberté.
Celui-ci dénonçait divers manquements des autorités administratives et juridictions belges dans le cadre du contrôle de sa détention administrative. Il critiquait notamment l'interprétation opérée par la Cour de cassation des délais applicables au pourvoi. Il interrogeait la conformité de cette interprétation avec les principes d'égalité et de non-discrimination en ce qu'elle crée une différence de traitement injustifiée entre un justiciable privé de liberté dans le cadre d'une détention préventive et un étranger en séjour illégal privé de liberté dans le cadre d'une détention administrative. Il remettait par ailleurs en cause les effets attachés au réquisitoire de réécrou. Il faisait notamment grief à la Cour de cassation de ne pas avoir respecté le droit à un recours effectif en déclarant le pourvoi sans objet à la suite de la prise d'une nouvelle décision privative de liberté.
Il sollicitait avant-dire droit d'interpeller par voie de questions préjudicielles la Cour Constitutionnelle, demande à laquelle le tribunal fait droit.

3. **Conseil du contentieux des étrangers, 21 décembre 2020, n° 246.540 – Vulnérabilité, crédibilité et procédure d'asile : quand le juge du CCE reconnaît la fragilité particulière d'une requérante et qu'un "large bénéfice du doute" doit lui profiter. Laura Jouveau 22**
Conseil du contentieux des étrangers – reconnaissance du statut de réfugié – violences subies lors du parcours migratoire – vulnérabilité – besoins procéduraux spéciaux – crédibilité.
Le Conseil du Contentieux des Étrangers (ci-après, C.C.E.) annule une décision du Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides (ci-après, C.G.R.A.) s'agissant d'une requérante de nationalité guinéenne ayant fui son pays d'origine et ayant subi des violences lors de son parcours migratoire. Il estime que sa demande de protection internationale a été évaluée avec un degré d'exigence trop élevé, négligeant le profil particulièrement vulnérable de la requérante.

1. COUR D'APPEL DE BRUXELLES (NÉERL.), 30 MARS 2021, N°2020/FA/366

Quel rôle pour l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité d'un « bébé papier » ?

Aline BODSON

A. Arrêt

1. Les faits

Le 8 mars 2018, un enfant naît à Bruxelles d'une mère de nationalité nigérienne résidant illégalement sur le territoire belge depuis plus de 20 ans. Arrivée en avril 1995 sous une fausse identité, elle a tenté d'obtenir un titre de séjour à trois reprises, en vain. En août 2015, sa dernière demande de titre de séjour a été rejetée et un ordre de quitter le territoire lui a été délivré. Elle n'a jamais obtempéré et a continué à résider illégalement en Belgique.

Le 21 mars 2018, la mère déclare la naissance de l'enfant auprès de l'officier de l'état civil de Bruxelles. L'enfant n'ayant pas été reconnu par son père, seul le nom de la mère est mentionné dans l'acte de naissance, établissant ainsi la maternité.

Selon la mère, l'enfant serait le fruit d'une relation amoureuse qui aurait débuté au printemps 2017 avec un homme belge. Ils se seraient rencontrés sur un site de rencontre et auraient entamé une relation sentimentale et sérieuse qui aurait duré trois mois.

En 2019, la mère a introduit une action en recherche de paternité à l'encontre du supposé père biologique de l'enfant devant la 32^{ème} chambre (néerlandophone) du tribunal de la famille de Bruxelles.

2. La décision du tribunal de la famille de Bruxelles en première instance (Trib. fam. Bruxelles (néerl.), 16 mars 2020, R.G. n°18/1774/A)

Avant dire droit, le tribunal a ordonné un test ADN afin de s'assurer du lien biologique entre le défendeur et l'enfant. Il s'avère que celui-ci est le père biologique de l'enfant mais qu'il s'oppose à l'établissement de sa paternité, contestant les propos de la demanderesse. Il soutient que la relation qu'ils ont entretenue était uniquement à caractère sexuel, qu'il n'a jamais eu de contact avec l'enfant et qu'il ne souhaite pas en avoir. Il affirme également qu'il n'a jamais souhaité concevoir d'enfant avec la demanderesse et qu'elle lui avait d'ailleurs assuré qu'elle était sous traitement contraceptif.

La [loi du 19 septembre 2017](#), entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018, modifiant l'article 332quinquies, §2, al. 1, de [l'ancien code civil](#) (ci-après A.C.C.) a élargi le droit de s'opposer à l'action en recherche de paternité au ministère public (ci-après M.P.). Dans l'affaire *in casu*, ce dernier fait usage de ce droit et s'oppose également à l'action. Selon lui, la demande de la mère serait frauduleuse car introduite dans le seul et unique objectif d'obtenir un titre de séjour sur le territoire. Toujours selon le M.P., la mère ne réussit pas à prouver de manière tangible la relation qu'elle prétend avoir eu avec le défendeur, ni même qu'elle aurait tenu ce dernier au courant de sa grossesse ou de l'accouchement.

Dans son jugement, le tribunal de la famille suit l'opinion du M.P. et rejette la demande d'établissement du lien de filiation entre le père biologique et l'enfant. Le tribunal considère que la

demande de la mère est frauduleuse car faite dans le seul but d'obtenir un droit de séjour sur le territoire belge. Il ajoute que le fait que la mère soit à nouveau enceinte d'un homme belge prêt à reconnaître l'enfant confirme que celle-ci cherche à obtenir un droit de séjour par le biais de la reconnaissance de paternité d'un de ses enfants. **Le tribunal en conclut que l'établissement d'un lien de filiation entre le défendeur et l'enfant n'est pas dans l'intérêt supérieur de ce dernier.**

3. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles

La demanderesse a fait appel de la décision et, le 30 mars 2021, la 47^{ème} chambre de la Cour d'appel de Bruxelles a rendu un arrêt dont nous analysons les termes ci-après.

A. L'opposition du M.P.

La Cour rappelle qu'en vertu de la loi du 19 septembre 2017, le ministère public peut s'opposer à l'action en recherche de paternité, **si l'établissement de la filiation paternelle est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant** (ci-après I.S.E.). Elle poursuit en indiquant que le législateur a octroyé ce droit au M.P. afin que ce dernier puisse lutter contre les demandes en recherche de paternité frauduleuses dont l'unique objectif est d'obtenir un titre de séjour sur le territoire belge. Elle souligne que le fait que la paternité biologique a été confirmée par un test génétique n'empêche pas un conflit entre l'établissement de la paternité et l'I.S.E.

B. L'opposition du père

S'agissant ensuite de l'opposition du père à l'établissement du lien de filiation, la Cour relève que l'article 332quinquies A.C.C., bien que ne visant pas directement cette hypothèse, doit être interprété, conformément aux arrêts 190/2019 et 92/2020 de la Cour constitutionnelle, comme permettant au juge de prendre en considération l'intérêt de l'enfant lorsque la mère de celui-ci introduit une action en établissement judiciaire de paternité contre le père biologique en cas d'opposition de ce dernier. Toute autre interprétation de l'article 332quinquies A.C.C. violerait les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution.

La Cour rappelle que dans le cas d'espèce, le M.P. et l'intimé s'opposent tous deux à l'établissement du lien de filiation au motif que la demande serait frauduleuse puisqu'introduite dans l'unique intention d'obtenir un permis de séjour.

La Cour d'appel suit le premier juge qui avait estimé que l'appelante ne prouvait pas sa relation avec l'intimé ni le fait qu'elle l'aurait tenu informé de sa grossesse. La Cour estime toutefois que **cela n'est pas suffisant pour conclure que l'établissement de la paternité serait automatiquement contraire à l'I.S.E.** ni que le seul but poursuivi par la mère serait l'obtention d'un avantage lié au titre de séjour. Elle ajoute que l'intimé n'apporte pas plus de preuves de sa version des faits et qu'il est de toute façon impossible de sonder les émotions de l'appelante et de l'intimé afin de connaître « la vérité ».

Enfin, concernant le recours à des moyens de contraception par la mère à l'époque des faits, la Cour indique qu'en tout état de cause, l'intimé aurait dû prendre les mesures nécessaires afin de s'assurer que l'appelante ne tombe pas enceinte. La Cour rappelle ainsi que la charge de la contraception repose sur la femme **et** sur l'homme.

C. La situation de l'appelante et de l'enfant

La Cour souligne que l'appelante a, depuis le jugement en première instance, accouché d'un deuxième enfant, reconnu par son père biologique. Les deux parents entretiennent une relation affective durable et se sont déclarés cohabitants légaux.

Le père du second enfant étant de nationalité belge, la reconnaissance de filiation a entraîné l'établissement de la nationalité belge pour cet enfant. L'appelante a ainsi obtenu une carte de séjour comme membre de la famille d'un citoyen de l'UE. L'appelante bénéficie à ce titre d'un droit de séjour valide pour une durée de 5 ans. Il s'en suit que la décision relative à l'établissement de la paternité du premier enfant n'aura aucune incidence sur le droit de séjour de la mère en Belgique de sorte qu'il est **difficile de maintenir que la demande est frauduleuse et basée sur l'unique volonté d'obtenir un titre de séjour en Belgique.**

D. L'interprétation purement négative du critère de l'I.S.E.

La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 332quinquies, §2, alinéa 1, [A.C.C.](#), **le juge ne peut refuser la demande que si et seulement si l'établissement du lien de filiation est contraire à l'I.S.E.**

L'appréciation du juge doit se limiter à **une interprétation négative de l'I.S.E.** Cela signifie que la Cour doit uniquement vérifier que les intérêts de l'enfant ne seront pas lésés par l'établissement de la filiation paternelle. À l'inverse, la loi n'exige pas que la Cour analyse dans quelle mesure l'établissement du lien de filiation aurait un impact positif pour l'enfant.

La Cour rappelle ensuite qu'*in casu*, l'intimé a indiqué de manière explicite qu'il ne souhaitait pas entretenir de relation avec l'enfant, ni même assumer une quelconque responsabilité à son égard. L'enfant ne doit attendre aucun bénéfice affectif, financier ou éducatif de l'établissement de la filiation. **Cependant, l'analyse purement négative du critère de l'I.S.E. ne permet pas d'y voir un motif suffisant pour juger que l'établissement de la paternité lèserait l'enfant.**

E. Le droit de l'enfant à l'identité

La Cour rappelle que l'enfant a droit à une identité, c'est-à-dire le droit à la connaissance et la reconnaissance de sa filiation biologique. Cela n'implique pas que l'établissement de la paternité du père biologique doit être automatique mais des contre-indications sérieuses sont nécessaires pour que cet établissement soit refusé.

F. L'arrêt de la Cour

Sur base de tous les éléments développés ci-dessus, la Cour conclut que l'appel est fondé et que, dès lors, **le lien de filiation entre l'enfant et l'intimé doit être établi.**

B. Éclairage

L'intérêt de l'analyse de ces décisions réside dans une meilleure compréhension de la mise en œuvre jurisprudentielle de l'I.S.E.

À cette fin, le dispositif légal de lutte contre les reconnaissances frauduleuses est rappelé avant une analyse de la notion de l'I.S.E. et de ses implications.

1. Lutte contre les reconnaissances et les actions en recherche de paternité/maternité/comaternité frauduleuses et I.S.E.

A. La loi du 19 septembre 2017

Le 1^{er} avril 2018, la loi du 19 septembre 2017 sur les reconnaissances frauduleuses est entrée en vigueur en Belgique. Celle-ci octroie à l'officier de l'état civil et au parquet le droit respectivement de refuser et de contester l'établissement d'un lien de filiation. L'objectif est de lutter contre les demandes frauduleuses de reconnaissance de filiation formées dans le seul et unique but d'obtenir un avantage en matière de séjour.

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après C.E.D.H.) a jugé dans l'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* (et dans une jurisprudence constante¹) que « suivant un principe de droit international bien établi, les États ont le droit (...) de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux sur leur sol » (§100). En d'autres termes, le contrôle de l'immigration est légitime pour les États de droit et la lutte contre ce type d'actions frauduleuses nécessaire².

Cependant, comme l'a relevé le Conseil d'État dans *son avis concernant le projet de loi*, il est important qu'un équilibre soit trouvé entre tous les intérêts en jeu ; si légitime qu'elle puisse être, cette **lutte ne peut être faite au détriment de nos droits fondamentaux internationaux et constitutionnels**. Particulièrement, l'I.S.E. doit être une considération primordiale étant donné la vulnérabilité des enfants. Le Conseil d'État souligne aussi que « le seul souci de lutter contre l'obtention d'avantages indus en matière de séjour sur le territoire belge ne peut, en soi, abstraction faite de toute autre considération fondée sur l'intérêt de l'enfant, justifier qu'il soit fait obstacle à l'établissement d'une filiation correspondant à la filiation biologique » (p. 67).

Dès lors, s'agissant des demandes en recherche de paternité/maternité/comaternité auxquelles le M.P. peut désormais s'opposer lorsqu'il estime qu'elles sont frauduleuses, l'article 332quinquies, §2, al.1, A.C.C. indique que le tribunal de la famille ne peut rejeter l'action que si l'établissement de la filiation est contraire à l'I.S.E.

B. Le concept de l'I.S.E.

À ce stade, il nous semble important de rappeler quelques éléments fondamentaux du principe juridique de l'I.S.E. Étant donné la richesse du principe, il ne sera fait état ici que de certains points essentiels pour la suite de cette contribution.

En vertu de l'article 3.1 de la *Convention internationale des droits de l'enfant* (ci-après 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 concernant les enfants**.

¹ Voy. notamment Cour. eur. D.H., 30 juillet 2013, *Berisha c. Suisse*, req. n°948/12, §49; Cour eur. D.H., 26 juin 2014, *M.E. c. Suède*, req. n° 71398/12, §71; Cour. eur.D.H., 28 juin 2011, *Nunez c. Norvège*, req. n° 23270/16, §§ 66, 70, 83, 84.

² M. GHARBI, « La Cour constitutionnelle se prononce (enfin) sur la loi portant la lutte contre les reconnaissances frauduleuses : tout va très bien Madame la Marquise », *Act. dr. fam.*, 2020/8-9, p. 175.

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). La dimension qui intéresse ce commentaire est la troisième : l'I.S.E. comme règle de procédure. Celle-ci impose, dès qu'une décision est prise impliquant un ou plusieurs enfant(s), une **évaluation** des incidences de celle-ci et une **détermination** de ce qui est le plus indiqué pour ceux-ci³.

S'agissant de l'évaluation de l'I.S.E., le C.D.E., soutenu par une jurisprudence constante de la C.E.D.H., a précisé que **cette évaluation doit se faire *in concreto*** ([Observation générale n°14](#), §32). Cela signifie qu'« il s'agit de déterminer la teneur de l'intérêt de l'enfant au cas par cas, selon les circonstances, le contexte et les besoins de l'enfant »⁴. Le C.D.E. a établi une liste non exhaustive d'éléments qui doivent être pris en compte ([Observation générale n°14](#), §§ 52-79). Parmi ceux-ci, l'opinion de l'enfant, son identité, la préservation de son milieu familial et le maintien des relations, sa vulnérabilité, etc. Concernant les actions en recherche de filiations frauduleuses, il a été précisé dans [l'exposé introductif du projet de loi](#) qu'« en cas de reconnaissance frauduleuse, l'établissement du lien de filiation n'est pas nécessairement dans l'intérêt de l'enfant (...) (raison pour laquelle certaines reconnaissances par des parents biologiques peuvent être examinées) » mais que l'« État [peut] (...) empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du père biologique **[que] lorsque le tribunal a concrètement constaté que l'établissement de ce lien de filiation serait contraire à l'intérêt de l'enfant** » (page 7, nous soulignons).

Par ailleurs, il est important de noter que, selon la [Cour Constitutionnelle](#), le juge doit prendre en compte tous les intérêts en présence lorsqu'il évalue l'I.S.E. Cependant, étant donné sa vulnérabilité, **un poids plus important doit être donné à celui de l'enfant**, sans que celui-ci ne soit absolu⁵.

Enfin, le C.D.E. rappelle « que **l'intérêt de l'enfant sert à renforcer ses droits et jamais à les réduire ou les faire disparaître** »⁶ ([Observation générale n°14](#), § 82). Cependant, du fait de sa souplesse et de son adaptabilité, il n'est pas rare que le principe de l'I.S.E. soit utilisé à mauvais escient pour servir d'autres intérêts ([Observation générale n°14](#), § 34), voire même pour justifier des atteintes aux droits de l'enfant⁷.

C. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle

Dans les arrêts [190/2019](#) et [92/2020](#) précités, la Cour Constitutionnelle s'est penchée directement sur la question de la compatibilité de l'article 332quinquies [A.C.C.](#) avec, entre autres, l'article 22 *bis*, al. 4, de la [Constitution](#).

Dans les deux cas, la Cour a rappelé qu'il « peut exister des cas dans lesquels l'établissement juridique de la filiation paternelle d'un enfant cause à celui-ci un préjudice. [Que] si, en règle générale, on peut

³ 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.

⁴ *Ibid.*

⁵ M. BEAGUE, « L'intérêt de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité introduite par la mère à l'encontre d'un homme qui ne veut pas être père », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/4, p. 997.

⁶ G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 174.

⁷ Voy. par exemple A. BODSON, « La détention de familles migrantes avec enfants mineurs à la lumière de la théorisation ancrée » 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. Saroléa et A. Sinon), Anthémis, Limal, 2021.

estimer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établie sa filiation, on ne peut présumer de manière irréfragable que tel soit toujours le cas » (B.7.).

Par conséquent, peu importe qui introduit l'action en recherche de filiation sur la base de 332 *quinquies* A.C.C. et peu importe qui s'y oppose, **le juge doit toujours prendre en considération l'I.S.E.**

2. Analyse de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'I.S.E. dans la jurisprudence analysée

A. Première instance : analyse *in abstracto* de l'I.S.E.

En première instance, les références à l'I.S.E. sont limitées et peu approfondies.

Le tribunal y fait référence une première fois pour rappeler qu'il ne peut rejeter la demande que si la détermination de la filiation est contraire à l'I.S.E. Il ne s'agit ici que d'une simple énonciation de l'obligation légale.

Ensuite, le tribunal s'y réfère lorsqu'il indique que la demanderesse conteste la position du M.P., qu'elle réfute le fait que la demande soit frauduleuse et qu'elle ajoute qu'il est dans l'intérêt supérieur de son enfant que le lien de filiation paternel soit reconnu.

Le tribunal mentionne le principe lorsqu'il explique la *ratio legis* de l'article 332 *quinquies*, §2, al. 1 A.C.C. et indique qu'il ressort du projet de loi que le législateur a jugé nécessaire de donner au M.P. « (...) la possibilité de s'opposer à la demande s'il estime que l'ordre public est en jeu, par exemple, si le seul but de l'établissement de la filiation est apparemment uniquement l'obtention d'un titre de séjour. De cette manière, l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant est ouverte pour le juge et celui-ci devra en tenir compte même s'il existe un lien biologique avec l'enfant »⁸. S'il est vrai que le texte de loi n'oblige pas le M.P. à prendre en considération l'I.S.E., il semble tout de même qu'il ne peut échapper à son analyse puisque la contrariété à l'I.S.E. est une condition *sine qua non* du refus de l'établissement de la filiation.

Enfin, le tribunal explique qu'il s'aligne sur l'opinion du M.P. : la mère n'a pas su prouver la relation sentimentale qu'elle a eu avec le père biologique et l'action a été intentée dans le seul but d'obtenir un titre de séjour en Belgique. Dès lors, « (...) il va de soi que l'établissement d'un lien de filiation dans les circonstances en cause n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant »⁹. Cette analyse est très rapide et ne répond pas à l'obligation (développée *supra*) d'évaluer l'I.S.E. *in concreto*.

Enfin, rappelons que l'enfant ne peut en aucun cas être tenu responsable de la situation dans laquelle il a vu le jour et ne peut donc pas subir les conséquences du caractère frauduleux de l'action en recherche de paternité introduite par sa mère, encore moins sous couvert de la prise en compte de son propre intérêt.

En conclusion, indiquer qu'il n'est pas dans l'I.S.E. de voir son lien de filiation paternel établi uniquement car la demande est frauduleuse est un raccourci qui élude une analyse *in concreto* du principe pourtant obligatoire. Sous couvert du respect des droits de l'enfant, le M.P. ainsi que le tribunal ont utilisé le principe de l'I.S.E. à mauvais escient, dans l'unique objectif de justifier une

⁸ Traduction personnelle, Trib. fam. Bruxelles, 16 mars 2020, R.G. n°18/1774/A, p. 5.

⁹ *Ibid.*, p. 6.

décision guidée par le contrôle des flux migratoires et non par le respect des droits fondamentaux de l'enfant.

B. L'appel et l'interprétation négative de l'I.S.E.

En degré d'appel, les références à l'I.S.E. sont plus nombreuses.

Tout d'abord, la Cour d'appel rappelle le cadre légal et le droit du M.P. de s'opposer à la demande s'il estime que celle-ci va à l'encontre de l'I.S.E.

Ensuite, s'arrêtant davantage sur les faits, **la Cour estime que l'absence de preuve d'une relation sentimentale entre la mère et le père biologique n'implique pas que la demande soit en tout état de cause contraire à l'I.S.E.**

La Cour explique par ailleurs que le texte de l'article 332 *quinquies* §2 al. 1 **A.C.C.** limite la prise en compte par le juge de l'I.S.E. à une **interprétation négative** de celui-ci. Cela signifie que le juge ne doit pas chercher à déterminer si l'établissement de la filiation paternelle profiterait effectivement à l'enfant mais qu'il doit uniquement s'assurer que les intérêts de l'enfant ne seront pas lésés par l'établissement de la filiation paternelle¹⁰. Dans l'affaire *in casu*, le père biologique indique qu'il n'a aucun lien avec l'enfant et qu'il ne souhaite pas en avoir. Cependant, selon la Cour, cela n'est pas suffisant pour conclure que l'établissement du lien de filiation paternel serait contraire à l'I.S.E. car, bien que l'enfant ne puisse pas en retirer un intérêt relationnel, éducatif ou financier, le lien de filiation ne le lèse pas.

Enfin, même si la Cour écarte *in casu* la possibilité que la demande soit frauduleuse étant donné la situation actuelle de la mère et de l'enfant (voir *supra*), elle juge, au-delà du cas d'espèce, que **la présomption que la demande et/ou la conception de l'enfant soit frauduleuse car effectuée dans l'unique but d'obtenir un titre de séjour, ne suffit pas à conclure que l'établissement de la paternité est contraire à l'I.S.E.**

Dès lors, il semble que la mise en œuvre du principe de l'I.S.E. en appel est bien plus respectueuse des droits de l'enfant que celle opérée par le Tribunal en première instance. Principalement, la Cour indique que **le lien de cause à effet opéré par ce dernier indiquant qu'une action en établissement judiciaire de filiation frauduleuse est de toute façon contraire à l'I.S.E., est irrecevable.** Par ailleurs, elle plaide pour une évaluation et une détermination de l'I.S.E. en fonction des circonstances de l'espèce.

Nous émettons cependant **une réserve quant à l'interprétation purement négative du critère de l'I.S.E. faite par la Cour.** Cette dernière se base sur la présomption réfragable que, dans le cadre d'une demande d'établissement judiciaire la paternité, il est dans l'intérêt de l'enfant de voir son lien de filiation établi lorsqu'un lien biologique existe^{11 12}. Par conséquent, le juge ne doit pas vérifier que l'enfant pourra tirer un bénéfice de l'établissement de la filiation mais uniquement que celui-ci ne le lèsera pas. Selon T. WUYTS, cette interprétation peut être déduite du texte de l'article 332 *quinquies*

¹⁰ AGENTSCHAP INTEGRATIE & INBURGERING, « [HvB Brussel: Registratie genetisch vastgestelde afstammingsband moet worden getoetst aan belang van het kind](#) », 19 mai 2021.

¹¹ T. WUYTS, « Biologisch ouderschap en de rol van het belang van het kind bij de vestiging van een afstammingsband », *T.J.K.*, 2021/1, p.76.

¹² A l'exception des cas de viol et d'empêchement absolu à mariage entre le père présumé et la mère.

A.C.C. et est conforme à l'article 22bis de la [Constitution](#) ainsi qu'aux articles 3, §1 et 7 de la [CIDE](#)¹³. Cet auteur indique également que dans son arrêt [92/2020](#), la Cour Constitutionnelle indique que l'on peut généralement supposer qu'il est dans l'I.S.E. que sa filiation soit établie (B.7) et que donc, l'I.S.E. doit être interprété de manière négative¹⁴.

Selon nous, ce lien de cause à effet est erroné : la présomption réfragable que l'établissement de la filiation est dans l'I.S.E. n'implique pas que l'évaluation du principe ne doive pas être pleine et entière. Tout au plus, cette présomption invite le juge à ne refuser l'établissement de la filiation que dans des cas très particuliers et à motiver son refus de manière détaillée.

Par ailleurs, il nous semble **que l'interprétation négative de l'I.S.E. est contraire à l'article 22bis de la [Constitution](#) et à l'article 3, §1 [CIDE](#)**. En effet, une telle interprétation, n'impliquant que la vérification que l'établissement de la filiation ne lèsera pas l'enfant, s'apparente à une prise en compte marginale de l'I.S.E. Or, la Cour Constitutionnelle, dans son arrêt [30/2013](#) a indiqué qu'un contrôle marginal, ne prenant en compte que le danger grave pour l'enfant, est contraire à l'article 22bis de la [Constitution](#) lu conjointement avec l'article 3, §1 de la [CIDE](#). Bien qu'il s'agisse d'un contrôle plus poussé dans ce cas-ci puisqu'il s'agit de vérifier que la filiation ne lèsera pas l'enfant (et pas uniquement qu'elle ne le mettra dans une situation de danger), nous sommes d'avis qu'il s'agit tout de même d'un contrôle marginal, et non pas plein et entier comme le requiert la Cour Constitutionnelle.

Nous considérons qu'il est important que le juge vérifie également les conséquences positives de l'établissement de la filiation pour l'enfant afin qu'il puisse avoir une vision entière de la situation et ainsi déterminer ce qui est dans l'I.S.E. en prenant en compte tous les éléments à la cause. Ceci est d'autant plus important qu'un courant doctrinal et jurisprudentiel remet en question les bienfaits de l'établissement d'une « paternité imposée »¹⁵. Dans ce contexte, il nous semble primordial que le juge opère un contrôle plein et entier de l'I.S.E. afin d'éviter que celui-ci ne refuse l'établissement de la filiation en se limitant à constater que celui-ci ne serait pas profitable à l'enfant car le père en serait désintéressé, sans aucune prise en compte des autres conséquences positives que cet établissement pourrait avoir. Particulièrement, dans des circonstances comme celles *in casu* dans lesquelles la reconnaissance du lien de filiation pourrait entraîner l'attribution de la nationalité belge à l'enfant, il est essentiel que le juge prenne en compte tous les avantages liés à la nationalité lorsqu'il détermine

¹³ T. WUYTS, « Biologisch ouderschap en de rol van het belang van het kind bij de vestiging van een afstammingsband », *op. cit.*, p. 76.

¹⁴ T. WUYTS, « Biologisch ouderschap en de rol van het belang van het kind bij de vestiging van een afstammingsband », *op. cit.*, p. 76.

¹⁵ Voy. par exemple [cette décision](#) du tribunal de la famille de Namur du 16 septembre 2020 qui, face à une action en recherche de paternité introduite par la mère, a considéré qu'il était plus dans l'I.S.E. de ne pas avoir de père légal qu'avoir un père légal désintéressé de l'enfant (Trib. fam. Namur, 16 septembre 2020, *Act. dr. fam.*, 2020, p. 213, note N. Massager et *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, p. 747). Dans le même sens (non-établissement de la paternité suite à l'opposition du père biologique) : Trib. fam. Namur, 20 janvier 2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, p. 239. Voy. à propos de ces deux décisions : M. COUNE, « La place du projet parental et de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de paternité imposée », *Rev. trim. dr. fam.*, 1/2021, pp. 249 et s. On relèvera toutefois que le jugement du tribunal de la famille de Namur du 16 septembre 2020 a été réformé par un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 7 juillet 2021 (Liège, 7 juillet 2021, R.G. n° 2020/FA/500, inédit). La Cour d'appel de Liège a considéré que « le fait que le père ne veuille pas s'investir dans cette paternité n'est pas déterminant. Il sied en effet d'envisager la situation à long terme et l'intérêt de l'enfant est, pour grandir dans les meilleures conditions, d'avoir une référence et une racine paternelles, de ne pas souffrir d'un vide légal'. S'il pourra souffrir du désintérêt de son père, cette situation n'est pas figée et peut évoluer ».

l'I.S.E.¹⁶ En effet, il nous semble difficilement acceptable que le juge refuse l'établissement d'un lien de filiation en justifiant sa décision par le fait que l'enfant serait lésé du seul fait que son père légal se désintéresse de lui, sans considération aucune pour les avantages qu'il pourrait tirer de la nationalité qui en découlerait¹⁷.

En conclusion, nous ne pouvons cautionner cette interprétation négative du concept de l'I.S.E. dans le cadre d'une action en recherche de paternité, particulièrement lorsque l'établissement a des conséquences identitaires et administratives non négligeables pour l'enfant. En effet, bien que ce n'ait pas été le cas dans la décision commentée, il nous semble que cette interprétation négative est une porte ouverte à une utilisation détournée de l'I.S.E. Dès lors, il est primordial que le juge fasse une analyse pleine et entière du principe lorsqu'il décide de l'établissement de la filiation afin de protéger au mieux les droits fondamentaux de l'enfant.

3. Conclusion

À titre de conclusion, nous souhaitons citer N. GALLUS, qui, en quelques mots, synthétise parfaitement notre position : « Si la fraude à la loi doit être sanctionnée et si le contrôle de l'immigration constitue un objectif légitime, il convient toutefois de le faire par des mesures proportionnées à l'objectif poursuivi et non par des dispositions qui sanctionnent l'enfant et qui sont, à ce titre, contraires à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution ».¹⁸

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : Cour d'appel de Bruxelles (néerl.), 30 mars 2021, n° [2020/FA/366](#).

Jurisprudence :

Internationale :

Cour eur. D.H., 28 juin 2011, *Nunez c. Norvège*, req. n° [23270/16](#).

Cour eur. D. H., 30 juillet 2013, *Berisha c. Suisse*, req. n° [948/12](#).

Cour eur. D.H., 26 juin 2014, *M.E. c. Suède*, req. n° [71398/12](#).

Cour eur. D.H., 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n° [12738/10](#).

Nationale :

C.C., 28 novembre 2019, n° [190/2019](#)

Trib. fam. (néerl.), 16 mars 2020, n° [18/1774/A](#)

C.C., 18 juin 2020, n° [92/2020](#)

¹⁶ À ce sujet, M. COUNE indique que les conséquences découlant de la nationalité qui pourrait être acquise grâce à la filiation doivent être prises en compte lors de la détermination de l'I.S.E.: M. COUNE, « La place du projet parental et de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de paternité imposée », *op. cit.*, p. 265.

¹⁷ Que ce soit au niveau du droit de séjour, de double nationalité, etc.

¹⁸ N. GALLUS, « Reconnaissance de filiation frauduleuse », *Act. dr. fam.*, 2018/5, p. 102.

Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 16 septembre 2020, *Rev. trim. dr. fam.*, 4/2020, pp. 1059-1067.

Trib. fam. Namur, 20 janvier 2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021, p. 239.

Liège, 7 juillet 2021, R.G. n° 2020/FA/500.

Doctrine :

BEAGUE, M., « L'intérêt de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité introduite par la mère à l'encontre d'un homme qui ne veut pas être père », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/4, pp. 988-1011.

BODSON, A., « La détention de familles migrantes avec enfants mineurs à la lumière de la théorisation ancrée » 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), Limal, Anthémis, 2021.

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

COUNE, M., « La place du projet parental et de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de paternité imposée », *Rev. trim. dr. fam.*, 1/2021, pp. 249-275.

DE CUYPER, O., « Les reconnaissances frauduleuses d'enfants au fil des récents rebondissements législatifs et jurisprudentiels », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020/3, pp. 599-644.

GALLUS, N., « Reconnaissance de filiation frauduleuse », *Act. dr. fam.*, 2018/5, pp. 99-103.

GHARBI, M., « La Cour constitutionnelle se prononce (enfin) sur la loi portant la lutte contre les reconnaissances frauduleuses : tout va très bien Madame la Marquise », *Act. dr. fam.*, 2020/8-9, pp. 173-183.

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. 167-181.

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

WUYTS, T., « Biologisch ouderschap en de rol van het belang van het kind bij de vestiging van een afstammingsband », *T.J.K.*, 2021/1, pp. 71-83.

Pour citer cette note : A. BODSON, « Quel rôle pour l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une action en recherche de paternité d'un « bébé papier » ? », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2021.

2. TPI, BRUXELLES, 4^{ème} CH., 2 JUILLET 2021, RG N°20/777/A

La Cour constitutionnelle interrogée sur la constitutionnalité des règles applicables au contrôle de la détention administrative de l'étranger

Christelle Macq

A. Décision

Le requérant sollicitait la condamnation de l'État belge à des dommages et intérêts sur pied de l'article 1382 du Code civil en raison du non-respect par les juridictions saisies du contrôle de sa détention, de son droit à un recours effectif et de son droit à la liberté individuelle.

Il reprochait notamment à la Cour de cassation de s'être prononcée dans un délai dépassant celui prescrit par la loi (1). Il faisait par ailleurs grief à la Cour de ne pas avoir respecté le droit à un recours effectif en déclarant le pourvoi sans objet à la suite de l'adoption d'un réquisitoire de réécrou (2).

Avant dire droit, il sollicitait le tribunal d'interpeller par voie de questions préjudicielles la Cour Constitutionnelle ainsi que la Cour de Justice de l'Union européenne sur la validité du cadre législatif de la détention d'un étranger en séjour illégal (voir le détail des questions préjudicielles ci-après).

Privé de liberté pour la première fois en date du 24 mai 2019, il avait fait l'objet d'une première décision de prolongation de sa détention prise en date du 23 juillet 2019. Le 9 septembre 2019, il avait introduit une requête de mise en liberté à laquelle la chambre du Conseil a fait droit par ordonnance du 13 septembre 2019. Le 1^{er} octobre 2019, la chambre des mises en accusation avait déclaré l'appel de l'État belge recevable et fondé et mis à néant l'ordonnance de la chambre du Conseil. Cette décision fera l'objet d'un pourvoi en cassation. Il ne sera statué sur celui-ci qu'en date du 13 novembre 2019. Entretemps, une nouvelle décision de maintien en détention appelée également réquisitoire de réécrou avait été prise en date du 14 octobre 2019 à la suite d'un refus d'embarquer lors d'une tentative de rapatriement ayant eu lieu le 13 octobre 2019. Ce réquisitoire de réécrou conduira la Cour de cassation en date du 13 novembre 2019 à rendre un arrêt de rejet à l'égard du pourvoi introduit contre l'arrêt du 1^{er} octobre en raison de la caducité de l'ancien titre de privation de liberté découlant de la prise de la prise de cette nouvelle décision de maintien.

D'autres décisions de prolongation de privation de liberté ensuite prises, feront également l'objet de contestations jusque devant la Cour de Cassation sans que le requérant n'obtienne gain de cause¹.

L'action en responsabilité contre l'État belge, objet de la décision commentée, fût intentée en date du 22 janvier 2020. Le requérant fût éloigné trois jours après l'introduction de cette action, en date du 25 janvier 2020, sous la contrainte.

1. Quant au délai pris par la Cour de Cassation pour prononcer ses arrêts

L'article 72 de la [loi du 15 décembre 1980](#) qui règle les délais applicables en matière de contrôle de la détention de l'étranger renvoie aux dispositions relatives à la détention préventive.

De manière constante, la Cour de cassation considère que le pourvoi introduit contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui statue en matière de privation de liberté administrative d'un

¹ Voy. pour les détails les pages 6 et 7 de la décision.

étranger demeure régi par les dispositions du Code d'instruction criminelle et les délais de droit commun, alors qu'une détention préventive ordonnée dans un cadre pénal est soumise à des délais de procédure plus courts par application de la loi du 20 juillet 1990². Le raisonnement de la Cour de cassation tient dans le fait que la [loi du 15 décembre 1980](#), qui renvoie aux dispositions applicables en matière de détention préventive, précède celle du [20 juillet 1990 relative à la détention préventive](#) et qu'en 1980, une autre loi relative à la détention préventive était d'application, celle du 20 avril 1874, laquelle renvoyait au Code d'instruction criminelle.

Le tribunal souligne cependant que cet avis n'est pas partagé par la doctrine. Ainsi, Damien Vandermeersch considère que l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980 renvoie à la loi du 20 juillet 1990, les délais applicables étant dès lors ceux prescrits par l'article 31 de cette loi qui oblige la Cour de cassation à statuer dans un délai de quinze jours à partir de l'introduction du pourvoi³.

Le tribunal renvoie par ailleurs aux discussions ayant suivi le dépôt d'un amendement à l'occasion d'une des modifications de la loi du 15 décembre 1980 et visant à préciser à l'article 72 que « la procédure de cassation ordinaire en matière de détention préventive est applicable si bien que la Cour de cassation doit se prononcer dans les quinze jours »⁴. L'amendement avait été rejeté aux motifs que « le ministre ne peut que constater que la loi est claire et que l'interprétation de la Cour de cassation est en contradiction avec elle »⁵.

Le tribunal constate que, dans le présent dossier, les arrêts rendus par la Cour de Cassation ont été prononcés au-delà de ce délai de quinze jours. Il souligne par ailleurs le fait que ces arrêts statuaient sur les pourvois interjetés contre des arrêts de la chambre des mises en accusation à l'égard de requêtes de mise en liberté. Le requérant est par conséquent directement intéressé à la question du délai endéans lequel la Cour de Cassation doit statuer dans la mesure où la sanction légale du non-respect éventuel est la mise en liberté de la personne détenue.

Le tribunal souligne enfin que « dans le contexte doctrinal et législatif pré-décrit, il ne peut être question en l'espèce de constitutionnalité manifeste de l'exclusion de l'application de la loi du 20 juillet 1990 au pourvoi en matière de mesure de privation de liberté d'un étranger et qui dispenserait le tribunal d'interpeler la Cour Constitutionnelle »⁶.

Il estime dès lors nécessaire de poser à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante : « dans l'interprétation selon laquelle il n'implique pas l'application de l'article 31§3 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive au pourvoi en cassation introduit contre l'arrêt de la chambre des mises en accusation statuant en matière de privation de liberté administrative de l'étranger, l'article 72 alinéa 4 de la loi du 15 décembre 1980 viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec les articles 5§4 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, en ce qu'il crée une différence de traitement injustifiée entre un justiciable privé de

² Voy. p. 9 de la décision qui renvoie not. [Cass., 5 avril 2016, n°P.16.0334.N, Pas.](#), I, 5 avril 2016.

³ Voy. p. 10 de la décision renvoyant à D. VANDERMEERSCH, « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », 2015, p. 613.

⁴ p. 10 de la décision renvoyant à Sénat, *Doc. Parl.*, session 1995-1996, n°311/4, p. 29.

⁵ *Ibid.*

⁶ P. 11 de la décision commentée.

liberté dans le cadre d'une détention préventive et un étranger en séjour illégal privé de liberté dans le cadre d'une détention administrative en application de la loi du 15 décembre 1980 ? »⁷.

2. Quant à la délivrance d'un réquisitoire de réécrou valant nouvelle détention

L'article 27§3 alinéa 1^{er} de la [loi du 15 décembre 1980](#) prévoit que l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement et qui n'a pas obtempéré dans le délai imparti peut être détenu à cette fin, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque l'étranger évite ou empêche la préparation du retour ou la procédure d'éloignement pendant le temps strictement nécessaire pour l'exécution de la mesure d'éloignement.

L'article 29 de cette même loi fixe les délais maximums endéans lesquels l'étranger peut être détenu à la suite d'une décision prise par application de l'article 27§3. Cette détention est valable pour deux mois prolongeables jusqu'à 5 mois et en cas de menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale jusqu'à 8 mois.

En l'espèce le requérant contestait la possibilité d'adopter une nouvelle décision de privation de liberté en lieu et place d'une décision de prolongation de détention et critiquait les conséquences que pareille décision entraîne. Il critiquait le fait que les articles 27§3 et 29 de la loi du 15 décembre 1980 aient pour effet de « rendre sans objet le recours judiciaire portant sur la légalité de l'ancien titre de privation de liberté ; mettre à néant la durée de la détention déjà encourue et, partant, prolonger de manière imprévisible le délai de détention ; soustraire l'étranger aux garanties reconnues pour les détentions de longue durée, telles que notamment le contrôle mensuel du respect des conditions de détention »⁸.

Dans sa décision, le tribunal note que l'adoption d'un réquisitoire de réécrou en date du 14 octobre 2019 a eu pour conséquence d'exclure toute décision définitive sur la légalité tant de la mesure privative de liberté du 23 juillet 2019 que sur la décision de prolongation de sa détention en date du 2 octobre 2019. Les recours introduits contre ces décisions ont, en effet, ensuite été rejetés par les juridictions concernées, celles-ci les jugeant sans objet en raison de l'adoption de ce réquisitoire de réécrou.

Par ailleurs, l'adoption d'un nouveau titre de détention a eu également pour effet de mettre à néant la durée de la détention déjà encourue.

Dès lors, le tribunal estime nécessaire pour la résolution du litige de poser la question préjudicielle suivante à la Cour Constitutionnelle : « Dans l'interprétation selon laquelle il autorise l'adoption d'une nouvelle décision de privation de liberté se substituant à une décision de prolongation et ayant pour triple effet de rendre sans objet le recours judiciaire portant sur la légalité de l'ancien titre de privation de liberté ; mettre à néant la durée de la détention déjà encourue et, partant, prolonger de manière imprévisible le délai de détention ; soustraire l'étranger aux garanties reconnues pour les détentions de longue durée, telles que notamment le contrôle mensuel du respect des conditions de

⁷ P. 15 de la décision commentée.

⁸ P. 13 de la décision commentée.

détention, l'article 27§3 viole-t-il l'article 12 de la Constitution pris isolément ou lu en combinaison avec les articles 5 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ? »⁹.

B. Éclairage

Les analyses critiques des règles applicables en matière de contrôle de la détention de l'étranger abondent¹⁰. Celles-ci plaident notamment en faveur d'un élargissement de l'étendue du contrôle *rationae materiae* de la détention administrative de l'étranger. Elles dénoncent par ailleurs l'insuffisance des garanties procédurales entourant le contrôle de la détention de l'étranger¹¹. Dans le prolongement de ces critiques, la décision commentée remet en cause la constitutionnalité des délais applicables au pourvoi en cassation ainsi que des conséquences à attacher à la prise d'une décision de réécrou. Nous proposons de revenir dans un premier temps sur ces critiques et les enjeux qui les sous-tendent (1).

Cette décision intervient en parallèle de réflexions autour d'une réforme en profondeur des règles relatives au contrôle de la détention de l'étranger amorcées par le politique. Plusieurs organismes et associations ont été invités à se positionner sur la direction à donner à la matière. Nous nous attacherons dans un second temps à revenir dans les grandes lignes sur les réformes envisagées ou à envisager (2).

1. Les règles entourant le contrôle de la détention de l'étranger, objet constant de critiques

- Étendue du contrôle de la détention : légalité vs opportunité

Une des principales critiques exposées à l'égard du contrôle de la détention de l'étranger est sa limitation à un contrôle de légalité. L'article 72 alinéa 2 de la [loi du 15 décembre 1980](#) précise que la juridiction d'instruction vérifie si les mesures privatives de liberté et d'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité. Ainsi, à la différence du contrôle qu'elles effectuent dans le cadre d'une détention préventive pénale, les juridictions d'instruction ne sont pas habilitées à se prononcer sur l'opportunité de la mesure privative de liberté¹². La Cour de cassation considère que « le contrôle de légalité porte sur la validité formelle de l'acte, notamment quant à l'existence de sa motivation et au point de vue de sa conformité tant aux règles de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne, qu'à la loi du 15 décembre 1980. Le contrôle implique également la vérification de la réalité et de l'exactitude des faits invoqués par l'autorité administrative, le juge examinant si la décision s'appuie sur une motivation que n'entache aucune erreur manifeste d'appréciation ou de fait. »¹³. A l'inverse, elle refuse aux juridictions

⁹ L'affaire est référencée sous le numéro 7620 à la Cour constitutionnelle.

¹⁰ D. VANDERMEERSCH, « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », *op. cit.*, pp. 602 à 619 ; S. Sarolea, "Detention of Migrants in Belgium and the Criminal Judge: A Lewis Carroll World", in M. Moraru, G. Cornelisse et Ph. De Bruycker (dir.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, Hart, 2020.

¹¹ P. HUBERT, P. HUGET et G. LYS, « Le recours effectif devant les juridictions d'instruction et la Cour de cassation », *Revue du droit des étrangers*, 2016, n° 191, pp. 695-719 ; T. WIBAULT, « Le recours effectif contre la détention – Un droit fondamental », *Revue du droit des étrangers*, 2016, n° 191, pp. 689-694.

¹² Voy. pour une critique comparative du contrôle effectué par les juridictions d'instruction d'une mesure privative de liberté : D. VANDERMEERSCH, « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », *op. cit.*, pp. 602 à 619.

¹³ Cass., 30 nov. 2016, P.16.1114.F, État belge c. K. S. D.

d'instruction le pouvoir de censurer la mesure de détention du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité¹⁴.

Nombre sont ceux qui plaident en faveur d'une révision et d'un élargissement de ce contrôle de légalité à un contrôle d'opportunité¹⁵.

Premièrement, car cette révision apparaît nécessaire à garantir le respect des exigences posées par le droit de l'Union européenne. La [directive 2008/115/CE](#) du 16 décembre 2008, dite directive « retour », encadrant le placement en rétention des ressortissants de pays tiers, exige expressément un contrôle de la proportionnalité et de la subsidiarité de la détention. La Cour de justice de l'Union a, dans le cadre de l'interprétation de cette directive, adopté une interprétation large de la légalité, l'alignant sur l'opportunité, et a reconnu au juge le pouvoir de substituer sa propre appréciation à celle de l'administration (voy not. l'arrêt [Mahdi](#)).

Deuxièmement, la limitation du contrôle dévolu aux juridictions d'instruction à un contrôle de légalité ne permet pas, en l'absence de contrôle du caractère proportionné et nécessaire de la détention, de garantir le respect du droit à la liberté individuelle consacré, notamment, par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme de même que par l'article 12 de notre Constitution. La Cour européenne des droits de l'homme considère que « la privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours lorsque d'autres mesures ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention » (voy. not. l'arrêt [Saadi c. Royaume-Uni](#), pt. 70). Le professeur Damien Vandermeersch écrit en ce sens : « Lorsque le droit à la liberté individuelle est en jeu, le pouvoir judiciaire est le garant du respect de ce droit et doit constituer un rempart contre toute forme d'abus de pouvoir ou d'arbitraire : cet objectif ne peut être atteint par un seul contrôle de légalité formelle mais nécessite aussi une vérification de l'opportunité de la mesure, notamment au regard des principes de proportionnalité et de subsidiarité. Le juge devrait ainsi pouvoir procéder lui-même à une appréciation, indépendante et impartiale, des éléments de fait de la cause pour vérifier et, si nécessaire, censurer, la mesure sous l'angle de ses mérites, de sa pertinence et de son efficacité ¹⁶.

Enfin, la nécessité d'élargir les pouvoirs de contrôle d'une mesure privative de liberté confiés aux juridictions d'instruction apparaît évidente lorsque que l'on opère une comparaison avec le contrôle judiciaire d'une privation de liberté, dont bénéficie la personne privée de liberté dans le cadre d'une détention préventive pénale. Actuellement, l'étranger qui fait l'objet d'une mesure privative de liberté n'a droit, moyennant le dépôt d'une requête, qu'à un contrôle de légalité de la mesure dont il fait l'objet tandis que la personne privée de liberté dans le cadre d'une détention préventive pénale a droit à un contrôle automatique par les autorités judiciaires de la légalité et de l'opportunité de sa privation de liberté. Or, à l'instar de D. Vandermeersch ou P. Martens¹⁷ qui voient là une différence de traitement injustifiable entre deux catégories de personnes placées dans une situation

¹⁴ Cass. (2^e ch.), arrêt n° P.10.1676.F, 17 novembre 2010 ; Cass. (2^e ch.), arrêt n° P.11.2042.F, 21 décembre 2011 ; Bruxelles (mis. acc.), arrêt n° 2083, 13 juin 2014 et son commentaire P. d'Huart, « [Le contrôle de légalité de la détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité](#) », *Newsletter EDEM*, octobre 2014.

¹⁵ S. SAROLEA, « [Cour de cassation et contrôle de la détention : en finir avec l'opposition induite entre opportunité et légalité](#) », *Newsletter EDEM*, juin 2015 et P. D'HUART, « [Le contrôle de légalité de la détention afin d'éloignement du point de vue de ses mérites, de sa pertinence ou de son efficacité](#) » *op. cit.*

¹⁶ D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 618.

¹⁷ D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, P. MARTENS, « Privation de liberté d'un étranger en séjour illégal et contrôle des juridictions d'instruction (bis) », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1288 à 1291.

comparable puisque toutes deux atteintes dans ce qu'elles ont de plus fondamental – leur liberté – aucun motif suffisant ne nous paraît propre à justifier cette différence de traitement.

- *Les garanties procédurales entourant le contrôle de la détention*

Outre l'étendue du contrôle opéré par les juridictions, les garanties procédurales entourant ce contrôle ont été jugées insuffisantes non seulement par la doctrine mais également par les juridictions européennes.

Il a, notamment, été plaidé à maintes reprises pour une interprétation évolutive de la référence aux délais applicables en matière de détention préventive par l'article 72 de la [loi du 15 décembre 1980](#)¹⁸.

L'article 72 qui règle les modalités selon lesquelles les juridictions d'instruction sont habilitées à contrôler la légalité de la détention administrative de l'étranger renvoie « aux dispositions légales relatives à la détention préventive ».

La Cour de cassation estime, par « excès de formalisme »¹⁹, que [loi du 20 juillet 1990](#) relative à la détention préventive n'est pas applicable puisque celle-ci est postérieure à la loi du 15 décembre 1980. L'obligation prescrite par la [loi du 20 juillet 1990](#) à la Cour de cassation de se prononcer dans les 15 jours sur le pourvoi intenté à l'encontre d'une décision statuant sur une détention ne doit donc pas être respectée et ce délai peut être dépassé.

Ceci pose question au regard de l'article 15 de la [directive dite « retour »](#) qui exige un contrôle juridictionnel accéléré. Dans son [rapport législatif 2020](#), le Procureur général près la Cour de cassation, André Henkes met en évidence le fait que cette jurisprudence pose également difficulté au regard de l'article 5 §4 de la Convention. Cet article consacre le droit de toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Dans un arrêt [Firooz Muneer c. Belgique](#), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les règles procédurales applicables notamment au pourvoi en cassation avaient empêché qu'un étranger privé de sa liberté puisse obtenir qu'un tribunal statue à bref délai sur la légalité de sa détention. Ce faisant, elle a conclu à la violation de l'article 5§4 de la Convention. Renvoyant à cet arrêt André Henkes, plaideait, dans son [rapport législatif 2020](#), pour une révision des délais applicables aux recours mis à la disposition de l'étranger contestant sa privation de liberté, de manière à statuer à bref délai sur sa détention. Par ailleurs, le refus par la Cour de cassation d'appliquer les délais prescrits par la loi du 20 juillet 1990 entraîne une différence de traitement entre les personnes privées de liberté dans le cadre d'une détention préventive pénale et les étrangers privés de liberté dans le cadre d'une détention administrative. Ceci pose question au regard de l'interdit de discrimination, ces deux catégories de personnes étant, à l'évidence, placées dans des situations comparables²⁰. Il s'agit dans

¹⁸ Voy en ce sens. J.-B. FARCY, « [Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger demeure soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive : un formalisme excessif ?](#) », *Cahiers EDEM*, octobre 2017 ; S. SAROLEA, « [Le pourvoi en cassation en matière de privation de liberté d'un étranger soumis à des règles procédurales distinctes de celles relatives à la détention préventive](#) », *Newsletter EDEM*, août 2016, ainsi que P. HUBERT, P. HUGET ET G. LYS, « Le recours effectif devant les juridictions d'instruction et la Cour de cassation », *R.D.E.*, 2016/5, n°191, p. 713.

¹⁹ Nous reprenons ici les termes utilisés par J.-B. Farcy « [Détention en vue de l'éloignement : La jurisprudence « sans objet » de la Cour de cassation condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme](#) », *op. cit.*

²⁰ D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 613.

les deux cas d'une personne privée de liberté de manière préventive dont la régularité du maintien en détention n'est contrôlée par le pouvoir judiciaire qu'*a posteriori*, ce qui justifie dans les deux cas, le besoin d'une procédure accélérée. La décision commentée offre à la Cour Constitutionnelle de se positionner sur cette question.

La pratique consistant à remettre les compteurs à zéro suite à l'adoption d'un réquisitoire de réécrou et la jurisprudence « sans objet » de la Cour de cassation a également fait couler beaucoup d'encre. La Cour de cassation considère que le réquisitoire de réécrou constitue « un titre autonome de privation de liberté » dont l'adoption a pour effet que la procédure judiciaire intentée contre une précédente décision de maintien en détention n'a plus d'objet²¹. Dès lors, il « suffit »²² aux autorités administratives d'adopter une nouvelle décision privative de liberté pour que les recours introduits contre de précédentes décisions soient déclarés sans objet, l'étranger ne disposant plus d'aucun moyen pour en contester la légalité. La Cour de Cassation a toutefois récemment nuancé cette jurisprudence en précisant que « s'il est invoqué que la première décision de privation de liberté est affectée d'une illégalité de nature à invalider une décision subséquente, il appartient au juge saisi de cette contestation de l'examiner en application de l'article 5.4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²³.

Cette jurisprudence de la Cour de Cassation, consistant à considérer que le recours introduit à l'égard d'une décision privative de liberté devient sans objet à la suite de l'adoption d'une nouvelle décision privative de liberté qui se substitue à la première, a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme qui l'a jugée contraire à l'article 5§4 de la Convention (voy. not. l'arrêt *Saqawat c. Belgique*). La Cour a estimé qu'« en ne permettant pas à un étranger maintenu en détention d'obtenir sa libération malgré plusieurs constats d'illégalité et ce au motif qu'un nouveau titre de détention est venu fonder sa détention, la législation belge n'offre pas les garanties d'effectivité requises par l'article 5, §4 de la Convention »²⁴.

J.-B. Farcy, commentant cette décision, soulignait très justement dans les présents cahiers le fait que la pratique de l'Office des étrangers consistant à adopter une nouvelle décision privative de liberté alors que les précédentes sont soumises à un contrôle judiciaire, a pour effet de priver l'étranger maintenu en détention du droit à un recours effectif. En effet, « s'il est loisible à l'administration de délivrer un nouveau titre de détention avant qu'un juge ait pu se prononcer sur la légalité du titre précédent, le recours n'a plus lieu d'être et l'étranger, qui demeure cependant privé de liberté, perd l'intérêt qu'il avait à agir »²⁵.

2. Les prémisses d'une réforme en profondeur du contrôle de la détention de l'étranger

Dans son *exposé d'orientation politique* daté du mois de novembre 2020, Sammy Mahdi annonçait, « afin d'accroître la lisibilité du droit des étrangers, de préserver la sécurité juridique et d'éviter les

²¹ En ce sens : Cass., 3 septembre 2008, P.08.1323.F ; Cass., 23 août 2011, P.11.1456.F, Pas., n° 618, p. 2685 ; Cass., 16 septembre 2014, P.14.1289.N.

²² Nous soulignons.

²³ Voy. Cass., 10 mai 2017, P.17.0447.F, R.D.E, n° 191.

²⁴ Voy. le commentaire de cet arrêt dans les présents cahiers J.-B. FARCY, « *Détention en vue de l'éloignement : La jurisprudence « sans objet » de la Cour de cassation condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

²⁵ *Ibid.*

incongruités au sein de la loi sur les étrangers », s'atteler à la rédaction d'un nouveau Code de la migration.

L'adoption d'un tel Code pourrait être l'occasion d'une réforme en profondeur des règles relatives au contrôle de la détention de l'étranger.

Une réforme d'ampleur de la loi du 15 décembre 1980 dans le sens d'un accroissement de sa lisibilité passe nécessairement à notre sens par une réforme des règles relatives au contrôle de la détention de l'étranger jugées, comme souligné ci-avant, peu claires et, par ailleurs, attentatoires aux droits fondamentaux.

Une refonte de ces règles pourrait être l'occasion d'habiliter les juridictions en charge de ce contrôle à évaluer non seulement la légalité de la mesure mais également son opportunité. Notons que le Secrétaire d'État incluait dans sa [note de politique générale](#) du 4 novembre 2000, l'intention d'étendre le contrôle de la détention administrative de l'étranger à un contrôle de légalité et d'opportunité. Ainsi il soulignait travailler « sur un recours effectif dans lequel la légalité et l'opportunité de la détention peuvent être vérifiées par le juge »²⁶.

En outre, une telle réforme pourrait être l'occasion d'aligner les règles relatives au pourvoi en cassation à celles applicables dans le cadre d'une détention préventive pénale de manière à raccourcir les délais endéans lesquels la Cour de cassation est autorisée à statuer. À cet égard une inspiration est à trouver du côté des propositions déjà formulées par le procureur général auprès de la Cour de Cassation André Henkes²⁷. Celui-ci avait transmis un avant-projet de loi le 18 mai 2016 au Ministre de la Justice visant à réformer le recours en cassation en la matière, en le soustrayant pour partie à la procédure de droit commun, notamment par une accélération des délais, tout en laissant le temps utile à l'introduction du pourvoi en cassation et à la préparation du mémoire. Cette proposition n'a pas été retenue par monsieur le Ministre de la Justice. Cette proposition a été réitérée par le procureur général auprès de la Cour de cassation dans le cadre de [son rapport législatif 2020](#) (voy. l'annexe 6 de ce rapport).

Enfin, une révision des règles applicables en matière de contrôle de la détention de l'étranger pourrait être l'occasion de revoir en profondeur les conséquences attachées en pratique au réquisitoire de réécrou afin de mettre en conformité la loi belge avec la jurisprudence européenne. Pour rappel, la jurisprudence « sans objet » de la Cour de cassation a été sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt [Saqawat](#) aux motifs notamment qu'elle entraîne une limitation déraisonnable à l'accès à un juge de la personne détenue. Il convient de donner suite à cet arrêt de condamnation en encadrant de manière stricte les effets attachés à cette décision. Une tentative d'éloignement et le « réécrou » ne peuvent avoir pour effet de faire perdre l'objet à la procédure pendante devant la juridiction d'instruction

En attendant une réforme législative, la décision commentée offre l'occasion à la Cour Constitutionnelle de donner à cette matière une direction plus respectueuse des droits fondamentaux.

²⁶ P. 35 de la note de politique générale.

²⁷ Outre le rapport législatif 2020 précité, voy. « La privation de liberté d'un étranger et le recours auprès du pouvoir judiciaire. Discours prononcé par M. le Procureur général A. Henkes à l'audience solennelle de rentrée du 2 septembre 2019 », *Pas.*, 2019/13, pp. 101-103. La [version intégrale de ce discours](#) peut être consultée sur le site internet de la Cour.

C. Pour aller plus loin

Lire le jugement : TPI, Bruxelles, 4^{ème} ch., 2 juillet 2021, RG n°20/777/A

Jurisprudence :

Cour eur. D.H., arrêt du 11 avril 2013, *Firoz Muneer c. Belgique*, req. n° 56005/10.

Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 2020, *Saqawat c. Belgique*, req. n° 54962/18.

Doctrine :

HUBERT P., HUGET P. et LYS G., « Le recours effectif devant les juridictions d'instruction et la Cour de cassation », *Revue du droit des étrangers*, 2016, n° 191, pp. 695-719.

MARTENS P., « Privation de liberté d'un étranger en séjour illégal et contrôle des juridictions d'instruction (bis) », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1288 à 1291.

SAROLÉA S., "Detention of Migrants in Belgium and the Criminal Judge: A Lewis Carroll World", in M. MORARU, G. CORNELISSE et Ph. DE BRUYCKER (dir.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Oxford, Hart, 2020.

VANDERMEERSCH, D., « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », *Rev. dr. pén.*, 2015, pp. 602 à 619.

WIBAULT, T., « Le recours effectif contre la détention – Un droit fondamental », *Revue du droit des étrangers*, 2016, n° 191, pp. 689-694.

Pour citer cette note : C. MACQ, « La Cour constitutionnelle interrogée sur la constitutionnalité des règles applicables au contrôle de la détention administrative de l'étranger », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2021.

3. CONSEIL DU CONTENTIEUX DES ÉTRANGERS, 21 DÉCEMBRE 2020, N° 246.540

Vulnérabilité, crédibilité et procédure d'asile : quand le juge du CCE reconnaît la fragilité particulière d'une requérante et qu'un "large bénéfice du doute" doit lui profiter

Laura Jouveneau

A. Arrêt

La requérante est ressortissante guinéenne, d'ethnie mixte (soussou et malinké), et rapporte être de confession musulmane. Non affiliée politiquement, elle a été scolarisée jusqu'au collège et fait partie d'une petite association d'entraide financière avec des amies d'enfance.

La requérante s'est mariée, en 2006, à l'âge de 13 ans. De cette union sont nés trois enfants. La requérante a néanmoins poursuivi ses études et a intégré une école professionnelle de santé. Elle a également travaillé dans le commerce de vêtements.

À l'appui de sa demande, la requérante rapporte avoir été menacée par sa belle-sœur. Cette dernière s'est opposée à l'union entre son frère et la requérante et a tenté maintes fois de les séparer. En octobre 2015, le mari de la requérante décède d'un accident de moto. Cette dernière rapporte que, quelques mois plus tard, des hommes envoyés par la belle-sœur ont pénétré dans son domicile et ont tenté de l'enlever. Suite à cet événement, la requérante a quitté la Guinée pour trouver refuge au Maroc auprès d'un cousin. Elle y est restée pendant deux ans avant de pouvoir traverser la Méditerranée via l'Algérie. Elle pénètre sur le sol espagnol en juillet 2018. La requérante arrive finalement en Belgique, en août 2018, et introduit une demande de protection internationale auprès des autorités belges en septembre de la même année.

Dans le cadre de la procédure d'asile, la requérante rapporte sa crainte et le risque réel de subir des atteintes graves par sa belle-sœur en cas de retour en Guinée. À l'appui de sa demande la requérante introduit également des certificats médicaux et psychologiques qui attestent les troubles dont elle souffre suite aux événements vécus en Guinée et à son parcours migratoire. La requérante a en effet été victime de violences sexuelles en Algérie, au Maroc et en Espagne. Elle rapporte également avoir dû se prostituer en Espagne afin de rembourser une somme d'argent à ses passeurs.

Le C.G.R.A. estime que la requérante n'apporte pas d'éléments suffisants permettant de considérer que les conditions de protection internationale de la [Convention de Genève du 28 juillet 1951](#) relative au statut de réfugié sont rencontrées. De même, le C.G.R.A. estime qu'il n'existe pas dans son chef un risque réel de subir des atteintes graves visées par [l'article 48/4](#) de la loi sur les étrangers ([Loi du 15 décembre 1980](#)) en cas de retour en Guinée.

Le C.G.R.A. relève que les déclarations de la requérante n'ont pas permis d'établir la crainte de persécution qu'allègue cette dernière. Le C.G.R.A. estime qu'il y a trop d'incohérences et de contradictions dans son récit, que l'absence de détails nuit à sa crédibilité et que les certificats médicaux ne peuvent attester avec certitude « les circonstances factuelles dans lesquelles ces

séquelles ont été occasionnées » (pt 1.). Ainsi, sur base de ces différents éléments, le C.G.R.A. refuse de reconnaître à la requérante la qualité de réfugiée.

En degré d'appel contre la décision négative, le C.C.E. relève que la demande de protection internationale de la requérante a été évaluée avec un degré d'exigence trop élevé. Malgré certaines lacunes et incohérences, « le Conseil relève le profil particulièrement vulnérable de la requérante et considère qu'un large bénéfice du doute doit lui profiter concernant la crédibilité des éléments principaux de son récit d'asile, à savoir les maltraitements intrafamiliaux qu'elle a subies durant son enfance et durant son mariage » (pt 5.7.).

Le Conseil rapporte, conformément à [l'article 48/7](#) de la loi du 15 décembre 1980, que les persécutions antérieures subies par la requérante doivent être considérées comme un indice sérieux de sa crainte d'être persécutée ou du risque de subir des atteintes graves. Le Conseil estime à nouveau que « la partie défenderesse ne prend pas suffisamment en compte le profil très vulnérable de la requérante dans ses développements relatifs à l'application de l'article 48/7 de la loi du 15 décembre 1980 » (pt 5.8.).

Le Conseil estime ainsi qu'il y a lieu de réformer la décision attaquée, que la crainte de persécution de la requérante est fondée et que les autorités nationales ne sont pas en mesure d'assurer une protection à la requérante au sens de [l'article 48/5, § 2](#) de la loi du 15 décembre 1980.

La qualité de réfugiée lui est donc reconnue.

B. Éclairage

Cet arrêt met en lumière différents éléments quant à la manière d'évaluer une demande de protection internationale. Il illustre premièrement la place dérisoire accordée aux violences subies lors du parcours migratoire. Ensuite, il met en évidence la complexité de la prise en compte de la vulnérabilité dans une procédure d'asile. Enfin, il témoigne que la crédibilité du requérant demeure l'élément prépondérant lors de l'évaluation de sa demande.

1. Violences subies lors du parcours migratoire : désintérêt des traumatismes sans lien avec le pays d'origine

Pour rappel, lors de l'évaluation de la demande de protection internationale, le C.G.R.A. doit tenir compte de l'ensemble des éléments apportés par le demandeur ([art. 10ter, §2 de la loi des étrangers](#)). Ceci reprend tant les événements à l'origine du départ que ceux subis lors du parcours migratoire. Toutefois, dans son analyse, et ce raisonnement se confirme dans [plusieurs arrêts du C.C.E.](#), le Commissariat se prononce uniquement sur les craintes par rapport au pays dont le demandeur a la nationalité¹. Ainsi, les violences subies lors du parcours migratoire qui n'entraînent aucune crainte de persécution, ou de risque persécution effective en cas de retour dans le pays

¹ C.C.E., 30 novembre 2020, n° 245 089.; formulation utilisée par le C.C.E. à répétition voy. C.C.E., 6 août 2020, n° 239 492. ; C.C.E., 16 novembre 2020, n° 244 151. ; C.C.E., 19 novembre 2020, n° 244 425. ; C.C.E., 24 novembre 2020, n° 244 714. ; C.C.E., 16 décembre 2020, n° 246 223. ; C.C.E., 18 décembre 2020, n° 246 491. ; C.C.E., 22 décembre 2020, n° 246 637. ; C.C.E., 14 janvier 2021, n° 247 489. ; C.C.E., 28 janvier 2021, n° 248 383. ; C.C.E., 28 janvier 2021, n° 248 385.

d'origine, sont écartées lors de l'appréciation de l'octroi d'une protection internationale, même si celles-ci peuvent s'avérer traumatisantes.

In casu, la requérante soutient, avec l'appui de documents médicaux et psychologiques, que son état mental fragile résulte des violences subies tant en guinée qu'en dehors de son pays d'origine. Si le C.G.R.A. ne remet pas en cause les conditions difficiles du parcours migratoire de la requérante, il estime néanmoins que les craintes de rejet, de stigmatisation et autres risques en cas de retour sont « largement imprécises et hypothétiques » (pt 1.). Contrairement au C.G.R.A., le C.C.E. en appel ne s'attarde pas sur le lien entre les traumatismes issus du parcours migratoire et le risque d'atteinte grave en cas de retour vers le pays d'origine, mais relève que les documents médicaux déposés par la requérante suffisent à étayer son état psychique vulnérable. Le Conseil interprète au sens large l'ensemble des troubles et séquelles subis par la requérante incluant tant ceux liés à son pays d'origine que ceux résultant de son parcours migratoire. Ce faisant, le Conseil évite de distinguer ou d'écarter les violences subies en chemin, au motif qu'elles n'ont aucun lien avec un risque ou une crainte en cas de retour vers le pays d'origine. De la sorte, il accorde une place centrale à la vulnérabilité et la fragilité de la requérante suite aux violences subies.

L'approche intégrante du C.C.E. sur l'impact des violences subies lors du parcours migratoire et leur prise en considération lors de l'évaluation d'asile demeure aléatoire et changeante. S'il reste attentif aux traumatismes liés aux violences subies lors du parcours migratoire, la position du C.C.E. varie : il estime tantôt que ces violences sont tellement graves qu'elles l'emportent sur un retour vers le pays d'origine ([arrêt n°251 246 du 19 mars 2021](#)), tantôt qu'il n'y a pas de crainte suffisante empêchant le retour vers le pays natal ([arrêt n°251 572 du 24 mars 2021](#)).

2. Vulnérabilité : adaptations procédurales spéciales limitées à la forme de l'audience

La notion de vulnérabilité peut être considérée comme un concept dont l'importance considérable et l'intégration tendent à faire progresser la pratique juridique, particulièrement dans le domaine de la migration et le droit des étrangers². Différents instruments juridiques, tant sur le plan européen que belge, énumèrent les personnes considérées comme vulnérables en raison de leur statut ou vécu³. Au-delà de ces listes de profils fragiles, ces textes prévoient aussi les adaptations procédurales dont les demandeurs de protection internationale doivent bénéficier.

Trois instruments européens accordent une attention particulière à la notion de vulnérabilité et à sa prise en compte lors d'une procédure d'asile.

Primo, [l'article 20 de la Directive « Qualification »](#) prévoit qu'un demandeur vulnérable doit bénéficier d'adaptations procédurales « suite à une évaluation individuelle de la situation ». Ainsi,

² Voir C. LANTERO, G. LICHARDOS et R. BARRUE-BELOU, « Situations de vulnérabilité et mobilité des personnes » dans colloque : « Vulnérabilité et droits fondamentaux », du 19 et 20 avril 2018, Université de la Réunion, RDLF 2019 chron. n°15, p. 5.

³ Tels que les mineurs accompagnés, les mineurs non accompagnés, les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs et les personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle. Voir Article 1,12° de la loi des Étrangers du 15 décembre 1980 ; Article 20 de la Directive Qualification ; Article 21 de la Directive 2013/33/UE.

vient d'abord un temps d'évaluation afin de bénéficier d'assouplissements procéduraux. Dans la législation nationale, [l'article 48/9](#) de la loi des étrangers insiste sur l'aménagement de la procédure d'asile face aux besoins procéduraux spéciaux des demandeurs vulnérables. La détermination de ces besoins s'effectue principalement à l'aide d'un questionnaire soumis par l'officier de protection au demandeur. Suite aux réponses de ce dernier, il sera établi si le demandeur doit bénéficier ou non de certains mécanismes d'assouplissement lors de son entretien personnel.

Secundo, [l'article 15 de la Directive dite « Procédures »](#) ajoute que l'agent chargé de l'entretien personnel doit tenir compte de la vulnérabilité du demandeur en prenant les mesures appropriées pour lui permettre d'exposer l'ensemble des motifs de sa demande. L'article 24 précise que ce « soutien procédural adéquat » doit être garanti tout au long de la procédure d'asile.

Tertio, [l'article 21 de la Directive « Accueil »](#) rappelle que les États membres doivent tenir compte de la situation particulière des personnes vulnérables dans l'accueil de celles-ci. Les articles 25 et 29 s'ensuivent pour préciser de quelle manière leur accompagnement doit voir le jour, à savoir via la formation continue et appropriée du personnel accompagnant et par la possibilité de bénéficier pour le demandeur d'un suivi médical ou psychologique adéquat. Il s'agit donc de garantir un accompagnement professionnel de qualité.

Enfin, du côté jurisprudentiel, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle dans un arrêt [M.S.S. c. Belgique et Grèce](#) l'obligation pour les États d'effectivement prendre « en considération la vulnérabilité spécifique du requérant, inhérente à sa qualité de demandeur d'asile, du fait de son parcours migratoire et des expériences traumatiques qu'il peut avoir vécues en amont »⁴. Ainsi, tant au niveau local qu'international, législatif que jurisprudentiel, nous pouvons constater que la vulnérabilité d'un réfugié est centrale et doit être prise en compte tant dans la procédure que dans les modalités d'accueil⁵.

Malgré ces références à la vulnérabilité, la prise en compte de la vulnérabilité se limite souvent à des adaptations procédurales de forme. Ainsi, des aménagements en matière d'audience sont prévus, comme proposer un interprète du même sexe que le demandeur, accompagner le demandeur par une personne de confiance, octroyer des pauses durant l'entretien, etc.⁶. Dans la loi, la vulnérabilité n'est toutefois pas directement considérée comme pouvant avoir un impact lors de l'évaluation de la crédibilité. Or, tel que souligné par le juge dans cet arrêt du C.C.E., la vulnérabilité du demandeur déteint sur sa capacité à relater son vécu et sa force de persuasion.

⁴ Cour eur. D. H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n°30696/09, pt 232. ; Cet argumentaire de la Cour s'accorde aussi avec l'arrêt *Sharifi et autres contre Italie et Grèce*, rendu le 21 octobre 2014, où la Cour évoque la vulnérabilité « particulière » des demandeurs d'asile. La Cour s'est par ailleurs montrée par la suite plus « prudente » dans l'arrêt *Kiyutin contre Russie* du 10 mars 2011. Elle n'y cite plus le groupe des « demandeurs d'asile » dans les groupes vulnérables qu'elle énumère. Un glissement se fait d'autant plus sentir dans l'arrêt *Tarakhel contre Suisse* du 4 novembre 2014 dans lequel la Cour ne parle plus de « groupe » vulnérable mais de catégorie de la population « particulièrement défavorisée ». Elle circonscrit par là aussi la notion de « groupe vulnérable ». Voir Cour eur. D. H., novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12, pt 118.

⁵ C.C.E., 10 juillet 2020, n° 238 409.

⁶ Voir site du C.G.R.A. disponible à l'adresse suivante: <https://www.cgra.be/fr/asile/les-besoins-proceduraux-speciaux>

3. Crédibilité : Le « bénéfice du doute » comme bouée de secours en cas de vulnérabilité

Une fois l'entretien personnel mené, l'officier de protection procède à l'évaluation de la crédibilité des déclarations du demandeur. Cette évaluation, respectant les consignes édictées par le [guide européen de l'European Asylum Support Office](#), se décline en quatre temps : la cohérence interne, la cohérence externe, le caractère suffisamment détaillé et la plausibilité globale. À la suite de ces quatre tests, l'agent de protection pourra confirmer ou infirmer la crédibilité du demandeur en tenant compte toutefois des circonstances individuelles et contextuelles susceptibles d'entraîner des incohérences dans son récit. Tant le témoignage lors de l'entretien personnel que sur les documents fournis par le demandeur font l'objet de cette appréciation⁷.

Les certificats médicaux et évaluations psychologiques rédigés par des professionnels apportent une force probante au récit du demandeur. Ils peuvent également expliquer le comportement psychologique du demandeur et la difficulté qu'il aura à s'exprimer sur son passé⁸. Les rapports médicaux qui portent sur des allégations de torture devront être évalués au regard des normes du [protocole d'Istanbul de 1999](#)⁹.

Le C.C.E. s'attache à confirmer que les certificats médicaux constituent un début de preuve qui doivent s'inscrire dans la continuité du récit du demandeur et qui viennent confirmer sa crédibilité en tenant compte de sa vulnérabilité¹⁰. Le certificat médical ne compense en aucun cas le manque de crédibilité du récit mais justifie et explique les difficultés du demandeur à convaincre. À cet égard, la [jurisprudence européenne](#) ajoute également, inversement, qu'on ne peut pas priver le rapport médical d'une valeur probante en se fondant sur le manque de crédibilité du demandeur dans ses déclarations¹¹. Ainsi la crédibilité et la vulnérabilité du demandeur sont intrinsèquement liées, comme le rappelle le C.C.E., qui préconise à plusieurs reprises dans cet arrêt une évaluation moins stricte et qui tient compte du profil particulièrement vulnérable du requérant.

Malgré les efforts du demandeur pour étayer sa demande et la présence de certificats médicaux venant appuyer ses dires, des zones d'ombre peuvent persister sur certains aspects de la demande de protection. Dans ce genre de cas, la jurisprudence confirme que le demandeur doit se voir accorder le bénéfice du doute, à moins que de « bonnes raisons » s'y opposent¹². Dans la pratique, afin de permettre au demandeur de protection internationale de jouir du bénéfice du doute, les conditions cumulatives prévues à l'article 4, paragraphe 5, de la Directive Qualification doivent s'appliquer. En somme, si la crédibilité du défendeur est fragilisée par certaines incohérences ou lacunes en raison de sa vulnérabilité, le doute doit, *in fine*, profiter au requérant¹³.

⁷ Article 4 de la Directive Qualification.

⁸ M. LYS, « [Le certificat médical comme élément nouveau. Bis repetita. Note sous C.C.E. n° 119 223 du 20 février 2014](#) », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2017.

⁹ Protocole d'Istanbul du 9 août 1999.

¹⁰ Le C.C.E. affirme par exemple « op zichzelf vermogen documenten niet de geloofwaardigheid van een ongeloofwaardig asielrelaas te herstellen » dans son arrêt 17 février 2011, n° 56 216, pt 2.6 ; C.C.E., 19 juin 2012, n° 83 199, pt 5.

¹¹ Cour eur. D. H., 5 septembre 2013, *I. c. Suède*, 61204/09, pt 59-69. ; Cour eur. D. H., 19 septembre 2013, *R. J. c. France*, n°10466/11, pt 41-43.

¹² UNHCR, « [Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la convention de 1951 et du protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés](#) », 1979, réédité, décembre 2011 (Guide du HCR), point 196. ; Cour eur. D. H., 23 août 2016, *J. K. et autres c. Suède*, n° 59166/12, pt 93.

¹³ C.C.E., 30 septembre 2019, n° 226 913, point 4.6.6.

En conclusion, cet arrêt illustre parfaitement la nécessité de prendre en considération la vulnérabilité du demandeur, intrinsèquement liée tant à son vécu qu'à son parcours migratoire. En effet, celle-ci affecte le demandeur d'asile, et ce jusque dans sa force de persuasion lors de son audition. À défaut d'adaptations procédurales sur le fond et sur la forme, lors de l'évaluation de la crédibilité, le demandeur se retrouve doublement lésé. Une évaluation souple, qui attache une importance réelle à la vulnérabilité du demandeur devrait permettre de prendre en compte la réalité des vécus empreints de détresse humaine.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [C.C.E., n° 246 540 du 21 décembre 2020](#)

Législation :

[Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers](#) du 15 décembre 1980, *M.B.* 31 décembre 1980.

[Directive « Qualification »](#), Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte).

[Directive 2013/33/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte).

[Protocole d'Istanbul du 9 août 1999](#).

Jurisprudence :

C.C.E., 17 février 2011, [n° 56 216](#).

C.C.E., 19 juin 2012, [n° 83 199](#).

C.C.E., 30 septembre 2019, [n° 226 913](#).

C.C.E., 10 juillet 2020, [n° 238 409](#).

C.C.E., 30 novembre 2020, [n° 245 089](#).

C.C.E., 6 août 2020, [n° 239 492](#).

C.C.E., 16 novembre 2020, [n° 244 151](#).

C.C.E., 19 novembre 2020, [n° 244 425](#).

C.C.E., 24 novembre 2020, [n° 244 714](#).

C.C.E., 16 décembre 2020, [n° 246 223](#).

C.C.E., 18 décembre 2020, [n° 246 491](#).

C.C.E., 22 décembre 2020, [n° 246 637](#).

C.C.E., 14 janvier 2021, [n° 247 489](#).

C.C.E., 28 janvier 2021, [n° 248 383](#).

C.C.E., 28 janvier 2021, [n° 248 385](#).

Cour eur. D. H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, [n°30696/09](#).

Cour eur. D. H., 5 septembre 2013, *I. c. Suède*, [61204/09](#).

Cour eur. D. H., 19 septembre 2013, *R. J. c. France*, [n°10466/11](#).

Cour eur. D. H., 23 août 2016, *J. K. et autres c. Suède*, [n° 59166/12](#).

Cour eur. D. H., 21 octobre 2014, *Sharifi et autres contre Italie et Grèce*, [n°16643/09](#).

Cour eur. D. H., 10 mars 2011, *Kiyutin contre Russie*, [n° 2700/10](#).

Cour eur. D. H., novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, [n° 29217/12](#).

Doctrines :

[Guide pratique de l'E.A.S.O. : Evaluation des éléments de preuve](#), mars 2015.

UNHCR, « [Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la convention de 1951 et du protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés](#) », 1979, réédité, décembre 2011.

BAUGMARTEL M., « Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2020, Vol. 38(1), p. 14.

CARLIER J.-Y., « Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 79, n° 2, 2017, p. 178.

CARLIER J.-Y., SAROLÉA S., *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 1.

CRINE Z., RAIMONDO F., SAROLÉA S., « [Procédure d'asile : aptitude probatoire et conditions de vie dans le pays d'accueil](#) », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2021

LANTERO C., LICHARDOS C., ET BARRUE-BELOU R., « Situations de vulnérabilité et mobilité des personnes » dans Colloque : « Vulnérabilité et droits fondamentaux », du 19 et 20 avril 2018, Université de la Réunion, RDLF 2019 chron. n°15, p. 5.

LYS M., « [Le certificat médical comme élément nouveau. Bis repetita. Note sous C.C.E. n° 119 223 du 20 février 2014](#) », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2017.

Pour citer cette note : L. JOUVENEAU, « Vulnérabilité, crédibilité et procédure d'asile : quand le juge du CCE reconnaît la fragilité particulière d'une requérante et qu'un "large bénéfice du doute" doit lui profiter, *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2021.