

OBSERVATIONS

L'unité familiale, un droit du réfugié

Christine Flamand*

Juriste, INTACT a.s.b.l.

L'arrêt du CCE du 18 juin 2014¹ soulève des questions importantes quant à l'application du droit des réfugiés. Dans cette demande d'asile, la mère d'une fillette invoquait une crainte d'excision pour sa fille en cas de retour en Guinée. L'arrêt estime qu'au vu du taux de prévalence élevé de mutilations génitales féminines (MGF) dans ce pays, le risque objectif d'excision est établi et conclut à la reconnaissance du statut de réfugié pour l'enfant. Toutefois, il rejette le statut de réfugié pour la mère de l'enfant, estimant qu'elle n'a pas donné suffisamment d'indications d'une crainte propre de persécution consécutive à son opposition à l'excision de sa fille.

Cet arrêt semble initier une nouvelle jurisprudence de principe de certaines chambres du CCE², selon laquelle seul l'enfant pourrait bénéficier du statut de réfugié, à l'exclusion de sa mère (ou d'un autre parent). Ceci serait même le cas pour un parent ayant expressément exprimé une crainte propre de voir l'enfant membre de sa famille subir une MGF.

Les juges renvoient de facto au droit commun des étrangers la question du séjour de la mère et de ses frères, qui se retrouvent très rapidement sous le coup d'un ordre de quitter le territoire.

On se dirige vers une jurisprudence à la française³. Ceci est très préoccupant et contestable à plusieurs niveaux⁴.

En refusant de protéger le parent de l'enfant réfugié, le CCE décide notamment de ne pas tenir compte de la crainte du parent (en lien avec le risque d'excision de sa fille), du principe de l'unité familiale, du principe de l'octroi du statut de réfugié dérivé aux membres de la famille et de ne pas tenir compte

de l'intérêt de l'enfant. Cette jurisprudence s'avère également contestable au regard du droit de l'Union Européenne.

Cette jurisprudence nous donne l'occasion de réitérer les principes relatifs à ces différents éléments.

I LA CRAINTE PROPRE À L'ENFANT

Cet arrêt est un prolongement d'un arrêt de principe du CCE⁵ datant du mois d'avril et qui avait comme particularité le fait d'examiner de manière distincte les craintes de la mère et de l'enfant. L'arrêt du 18 juin 2014 s'en inspire largement et rappelle *qu'il n'est pas contesté que l'excision, quel qu'en soit le type, constitue une atteinte grave et irréversible à l'intégrité physique des femmes qui la subissent*. Le CCE rappelle qu'il s'agit d'actes qui relèvent de « *violences physiques ou mentales, y compris les violences sexuelles* » ou encore « *d'actes dirigés contre des personnes en raison de leur sexe ou contre les enfants* ». Enfin, ces actes visent les femmes en tant que membres d'un groupe social.

Le CCE retient des diverses informations soumises par les parties, dont le Focus 2014 du 6 mai 2014 sur la Guinée et d'autres informations sur la Guinée que le « *taux de prévalence des MGF en Guinée se situe à un niveau extrêmement élevé (96%), ce qui implique, à tout le moins pour les jeunes filles mineures de ce pays qui n'y ont pas encore été soumises, un risque objectif significatif, voire une quasi-certitude, d'y être soumises*. Le Conseil ajoute que « *ce risque, ainsi qualifié, suffit en lui-même à fonder, dans le chef des intéressées, une crainte de persécution en cas de retour en Guinée, sauf à établir qu'en raison de circonstances exceptionnelles qui leur sont propres, celles-ci ne seraient pas exposées ou seraient en mesure de s'y opposer*. » Ces circonstances exceptionnelles ne sont pas établies en l'espèce. Les informations auxquelles le CCE fait référence évoquent également le fait que « *l'excision n'est pas l'affaire des parents uniquement, mais que d'autres acteurs sont susceptibles de se substituer à ces derniers pour prendre des initiatives néfastes* ».

* L'auteure tient à vivement remercier Luc Leboeuf, doctorant à l'UCL et Judith Coronel-Kissous, avocate au Barreau des Hauts de Seine pour les réflexions et échanges précieux dans le cadre de la rédaction du présent commentaire.

1 CCE, arrêt n°125 752 du 18 juin 2014.

2 CCE, arrêt 125 064 du 28 mai 2014 ; CCE, arrêt 125 193 du 13 juin 2014 ; CCE, arrêt n°125 591 du 13 juin 2014.

3 Pour une étude approfondie de cette jurisprudence française, lire l'article de Claire Brice-Delajoux, « Quel statut pour les parents des fillettes reconnues réfugiées du fait d'un risque d'excision ? », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 27 décembre 2013.

4 L'arrêt suscite également des préoccupations au niveau du droit d'accueil de cette famille, composée d'un réfugié et de personnes en séjour illégal. Celles-ci ne seront toutefois pas approfondies dans ce commentaire, qui se limite au droit des réfugiés.

5 CCE, Arrêt n°122 668 du 17 avril 2014.

En outre, s'agissant de la protection des autorités guinéennes, le Conseil a estimé que *le taux extrêmement élevé des MGF en Guinée (96%) démontre de facto et à contrario que les efforts, par ailleurs réels et consistants, des autorités guinéennes pour éradiquer de telles pratiques, n'ont pas les effets escomptés*. Dans cette perspective, il ne peut dès lors être considéré que les instruments et mécanismes mis en place en Guinée en faveur des personnes exposées à un risque de MGF, offrent actuellement à celles-ci une protection suffisante et effective pour les prémunir de ce risque.

La crainte d'excision de l'enfant est donc reconnue ainsi que l'absence d'une protection effective contre les MGF en Guinée, ce qui est incontestablement une évolution favorable de la jurisprudence. Ceci semble indiquer une persécution de groupe en raison du contexte objectif dans le pays d'origine⁶.

L'arrêt entérine également l'importance de l'information sur le pays d'origine dans le cadre de l'évaluation du besoin de protection : la pratique de l'excision est considérée comme quasi-universelle en Guinée et traduit un risque objectif significatif⁷, voire une quasi-certitude pour les jeunes filles d'y être soumises.

II LA CRAINTE DE LA MÈRE DE L'ENFANT

Si la fillette obtient le statut de réfugié, il n'en serait donc plus automatiquement de même pour sa mère et ses frères. En particulier, l'arrêt ne tient pas compte de la crainte de la mère de l'enfant en lien avec l'excision de sa fille.

Cela tranche avec la jurisprudence constante du CCE qui visait à reconnaître dans le chef des parents une crainte en raison de leur opposition à l'excision de leur fille, avec comme conséquence le fait d'être potentiellement mis au ban de la société pour ce motif. Le CCE estimait également que la Guinée était une société inégalitaire et que les femmes ne pouvaient y

trouver de protection adéquate⁸. Les critères de l'opinion politique ou de l'appartenance au groupe social (des femmes) étaient invoqués pour reconnaître le statut aux parents⁹. Les enfants obtenaient le statut de réfugié dérivé, automatiquement.

Dans l'arrêt commenté, **la crainte de la mère** de voir sa fille excisée n'a été prise en considération que partiellement (uniquement la crainte de conséquences suite à son opposition à l'excision de sa fille). Le CCE conclut qu'elle n'est pas fondée. Il reconnaît pourtant, de manière contradictoire que la mère de l'enfant n'est pas en mesure de protéger sa fille de l'excision, notamment parce que « *sa famille est attachée aux traditions et que sa mère ne présente pas un profil socio-économique tel qu'elle serait en mesure d'assurer efficacement le respect de son intégrité physique jusqu'à sa majorité* ». Le CCE conclut donc que ni l'enfant, ni la mère ne seront en mesure de s'opposer à l'excision.

Il nous semble dès lors une erreur logique de conclure à l'absence de protection de la mère alors qu'au contraire, mère et filles sont en conséquence de ces considérations, placées toutes les deux dans une situation de grande vulnérabilité. Le raisonnement tenu par le CCE valide implicitement le besoin de protection propre tant de la mère que de l'enfant. De plus, l'arrêt ne tient pas compte de la crainte de la mère que sa fille ne subisse des MGF et la souffrance qui y est liée. Selon la note d'orientation du HCR à ce sujet¹⁰, le parent peut être considéré comme le requérant principal lorsqu'il ou elle a une demande fondée en son propre nom. *Cela inclut des cas où les parents seraient contraints d'assister à l'acte et à la souffrance de leur enfant*.

Cette jurisprudence va donc à l'encontre de la jurisprudence bien ancrée du CCE, qui a toujours reconnu la crainte dans le chef du parent, sans motiver davantage ce revirement important.

6 Cette objectivité de la crainte peut par exemple primer la crédibilité du demandeur, à fortiori lorsque la persécution est particulièrement grave. Voir à ce sujet, Céline Verbrouck, dans *UB³ Droit des Etrangers*, sous la direction de Serge Bodart, Ed. Bruylant, 2012. L'application de la notion de persécution de groupe implique également un allègement de la charge de la preuve pour le demandeur d'asile et laisse aux instances d'asile le soin de démontrer une prétendue absence de crainte.

7 A noter que la notion de risque objectif est beaucoup plus forte qu'une crainte fondée de persécution.

8 CCE, arrêt n°51 234 du 17.10.2010 : *La Commission permanente de recours des réfugiés et le Conseil de céans ont déjà jugé précédemment que la société guinéenne est une société inégalitaire dans laquelle une femme seule disposant d'un niveau d'instruction modeste risque d'être placée dans une situation de grande précarité et ne peut espérer trouver une protection adéquate auprès de ses autorités nationales* (CPRR, 02-0579/F2562 du 9 février 2007 ; CCE, n° 29.226 du 29 juin 2009).

9 CCE, arrêt n° 29110 du 25 juin 2009 : « *en s'opposant à cette coutume pluriséculaire et presque irrésistible, le requérant se met ainsi au ban de la société.* »

10 Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines, UNHCR, mai 2009. <http://www.unhcr.fr/4fd737379.html>.

III LE PRINCIPE DU STATUT DE RÉFUGIÉ DÉRIVÉ

Le CCE ne reconnaît pas la crainte de persécution dans le chef de la mère de l'enfant et lui refuse le bénéfice du statut de réfugié dérivé, pourtant invoqué près du CCE par l'avocat de la requérante. En effet, l'arrêt stipule que le juge ne voit « aucun motifs sérieux et avérés d'étendre à la première partie requérante et de ses trois enfants la protection internationale reconnue à l'enfant en raison de risques d'excision qu'elle (sa fille) seule encourt ». Le CCE ajoute que les recommandations que l'UNHCR formule en matière d'unité familiale dans ses lignes directrices du 9 mai 2009 n'ont pas de valeur contraignante en droit.

Ceci pose trois questions : l'application du principe du statut de réfugié dérivé en raison de l'unité familiale, l'application de la directive qualification et la question de l'application de l'unité familiale à un ascendant de mineur et enfin, la valeur juridique des recommandations de l'UNHCR.

A. Le statut de réfugié dérivé et l'unité familiale

1. Principe

En ne reconnaissant pas de crainte dans le chef de la mère de la fillette et en lui refusant le bénéfice du statut de réfugié dérivé, le principe de l'unité familiale n'est pas respecté. Aucune extension de la protection de l'enfant à sa mère n'est envisagée par le juge de plein contentieux et ce, sans davantage de motivation.

Il nous semble toutefois que la mère de l'enfant ainsi que ses frères devraient pouvoir bénéficier du statut de réfugié sur base du **principe du statut de réfugié dérivé**, dans la mesure où l'enfant a été *de facto* considéré comme le demandeur principal de la demande d'asile. Dans la note de l'UNHCR qui pose question¹¹, l'agence des Nations Unies recommande qu' « en cas de reconnaissance de statut de réfugié du mineur, le statut de réfugié dérivé devrait pouvoir s'appliquer à sa famille. Dans ce cas, de la même façon qu'une enfant peut bénéficier, à titre dérivé, du statut de réfugié octroyé à ses parents, les parents peuvent, mutatis mutandis, bénéficier à titre dérivé du statut de réfugié octroyé à leur enfant. » On retrouve également le principe du statut de réfugié dérivé en vue de préserver l'unité familiale dans les principes du HCR n°8 sur les demandes d'asile de mineurs¹² qui s'inspirent du Guide des Procédures et Critères pour déterminer le statut de réfugié¹³.

11 UNHCR, Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines, *op.cit.*

12 UNHCR, Principes directeurs sur la protection international n° 8 : Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1A(2) et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009, disponibles en ligne : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b2f4f6d2.html>

13 Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut

de réfugié, UNHCR, 1992, par. 181 et suivants.

Ce principe de statut de réfugié dérivé permet de ne pas devoir faire état d'une crainte propre de persécution en raison d'un lien familial établi avec un réfugié reconnu. La protection est induite du fait de la reconnaissance de statut de ce membre de la famille.

2. Fondement du principe de l'unité familiale

Le principe de l'unité familiale trouve son origine dans la Conférence des Plénipotentiaires qui a adopté la Convention de Genève¹⁴. L'Acte final fait de la protection de la famille du réfugié à la fois une exigence sociale et un droit propre du réfugié en précisant que « l'unité de famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié »¹⁵. Notant que cette unité est constamment menacée, l'Acte final de cette conférence recommande de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié et particulier pour assurer le **maintien de l'unité de la famille du réfugié**, notamment dans le cas où le chef de famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans son pays. C'est la raison pour laquelle les droits des réfugiés sont étendus aux membres de sa famille, sans que ces membres de la famille ne doivent justifier d'une crainte personnelle de persécution. Ces principes ont été réitérés et réaffirmés par le Comité Exécutif de l'UNHCR¹⁶.

Ainsi, la crainte de persécution, qui est le fondement dominant du droit d'asile n'est pas le fondement exclusif de la reconnaissance de statut. Les Etats ont ajouté d'autres ordres de considération qui se substituent ou supplantent la crainte de persécution, tel le principe de l'unité familiale, non prévu explicitement dans la Convention de Genève mais qui permet d'étendre à la famille du réfugié le statut et la protection dont il bénéficie¹⁷.

Le CCE a développé une jurisprudence constante à ce sujet et a jugé que le principe de l'unité familiale « entraîne une extension de la protection internationale au bénéfice de personnes auxquelles il n'est pas demandé d'établir qu'elles ont des raisons personnelles de craindre d'être persécutées et doit se comprendre comme une forme de protection induite, conséquence de la situation de fragilité où les place le départ forcé de leur

de réfugié, UNHCR, 1992, par. 181 et suivants.

14 Recueil des traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés, Genève, Office du HCR, 1982, p. 36 et s.

15 Final Act of the 1951 United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Recommendation B.

16 Executive Committee of the High Commissioner's Programme, restricted EC/49/SC/CRP.144 June 1999. Le Comité exécutif est composé d'Etats signataires de la Convention.

17 Traité du droit d'asile, Denis Allard et Catherine Teitgen-Colly, éd. PUF, 2002, p. 480 et s.

*conjoint ou de leur protecteur naturel*¹⁸. La jurisprudence reconnaît ainsi l'importance du principe de statut de réfugié dérivé¹⁹. Toutefois, elle le conditionne de manière constante à l'établissement du lien familial et au fait que le membre de la famille qui sollicite le statut dérivé soit à charge du réfugié reconnu²⁰. Le bémol dans l'arrêt qui nous intéresse réside évidemment dans le fait que l'enfant est à charge de sa mère...

B. Principe de l'unité familiale et l'acquis européen

L'arrêt suscite, sans l'aborder, la question de l'applicabilité du principe de l'unité familiale à un enfant, réfugié reconnu, qui

18 CCE, arrêt n°74 258 du 31.01.2012 ; CCE, arrêt n° 83924 28 du juin 2012, CCE, arrêt n° 98 069 du 28.02.2013 ; CCE arrêt n° 112 644 du 24.10.2013 et S. SAROLEA, « La portée du principe de l'unité familiale, Newsletter EDEM, décembre 2013. Voir en particulier, CCE, arrêt n°45 644 du 29.06.2010 se réfère notamment à la jurisprudence de la CPRR, JU 93-0598/R1387, 20 août 1993 ; CPRR, 02 0326/F1442, 11 octobre 2002 ; CPRR, 02- 0748/F1443, 11 octobre 2002 ; CPRR, 02-1358/F1492, 1^{er} avril 2003) ; cette extension ne peut jouer qu'au bénéfice de personnes à charge et pour autant que ne s'y oppose aucune circonstance particulière, liée au statut de ces personnes ou à leur implication dans des actes visés à l'article 1^{er}, section F, de la Convention de Genève susceptibles de conclure à l'exclusion du statut (dans le même sens, Executive Committee of the High Commissioner Programme, Standing Committee, 4 juin 1999, EC/49/SC/CRP.14, paragraphe 9) ; outre le conjoint ou le partenaire du réfugié, peuvent bénéficier de cette extension ses enfants à charge ainsi que d'autres parents proches dont il est établi qu'ils sont à sa charge ; par personne à charge, le Conseil entend une personne qui, du fait de son âge, d'une invalidité ou d'une absence de moyens propres de subsistance, dépend matériellement ou financièrement de l'assistance qui lui est apportée par le membre de sa famille qui est reconnu réfugié ou une personne qui se trouve légalement placée sous l'autorité de ce dernier ; cette définition s'applique à des personnes qui étaient à la charge du réfugié avant le départ de ce dernier du pays d'origine ou à des personnes dont la situation a, ultérieurement à ce départ, évolué de manière telle qu'elle les rend dépendantes de son assistance (en ce sens UNHCR Guidelines on reunification of refugee families, UNHCR, 1983 , III,(b) et Annual Tripartite consultation on resettlement , Background Note , family reunification, Genève 20-21 juin 2001, 1983 paragraphes 23 et 24 ; voir aussi CPRR, 02- 0326/F1442, 11 octobre 2002). Ainsi, le Conseil s'inspire des Recommandations du Comité exécutif du programme du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, selon lesquelles, lorsque le chef de famille est reconnu réfugié, les personnes à sa charge reçoivent le même statut sans qu'il soit procédé nécessairement à un examen individuel de leurs craintes éventuelles

19 Ce principe est acquis pour autant que ne s'y oppose aucune circonstance particulière, liée au statut de ces personnes ou à leur implication dans des actes visés à l'article 1^{er}, section F de la Convention de Genève, voir CCE, arrêt n°83924 du 28 juin 2012.

20 Pour plus d'informations au sujet de la jurisprudence applicable, consultez le dossier réalisé par Mathieu Beys et Michèle Morel, Caritas International « Familles éclatées : protéger l'unité familiale des demandeurs d'asile. » dans Parole à l'exilé, Faits et signaux, octobre 2012-juin 2013.

est tout naturellement à charge de sa mère. La jurisprudence claire et motivée du CCE sur l'unité familiale conditionne l'applicabilité du principe de l'unité familiale aux seules personnes à charge du réfugié. Cette jurisprudence devrait toutefois connaître une évolution significative au regard des principes inscrits dans la Directive qualification.

Il est regrettable que le CCE n'approfondisse pas la question de l'application du principe de l'unité familiale à l'enfant. Il semble esquiver la question en invoquant le fait que les principes de l'UNHCR, qui préconisent l'application du statut de réfugié dérivé aux parents d'un enfant réfugié, n'ont pas de valeur contraignante en droit (cette question sera approfondie davantage plus loin). Il semble évident que la protection offerte à l'enfant de deux ans en question, considéré comme requérant principal, doit s'étendre à sa famille proche. En effet, la refonte de la directive qualification élargit la définition des membres de la famille aux pères et mères de bénéficiaires de la protection internationale, y compris les mineurs²¹. Il y a donc bien une consécration de la notion ascendante du principe d'unité de famille en droit européen, à défaut d'en trouver dans la jurisprudence belge.

1. Quel séjour pour les membres de la famille sur base du principe de l'unité familiale ?

Le CCE ne se prononce pas sur le séjour auquel pourrait prétendre les membres de la famille du réfugié reconnu. A nouveau, il esquivait la question en estimant que les considérations énoncées par l'avocat de la requérante sur le droit de séjour de la mère de l'enfant sont étrangères à l'application de l'article 48/3 et 48/4 de la loi du 15 novembre 1980. Or, sur base du **principe de l'unité familiale** prescrite à l'article 23 de la directive qualification, il nous semble que le juge a la possibilité d'accorder, en plein contentieux, le statut de réfugié dérivé aux membres de la famille.

En effet, la directive demande aux Etats Membres de « veiller » à ce que l'unité familiale soit maintenue « conformément aux procédures nationales ». L'article 23§2 précise : *Les États membres veillent à ce que les membres de la famille du bénéficiaire d'une protection internationale qui, individuellement, ne remplissent pas les conditions nécessaires pour obtenir cette protection puissent prétendre aux avantages visés aux articles 24 à 35, conformément aux procédures nationales et dans la mesure où cela est compatible avec le statut juridique personnel du membre de la famille*²².

21 Directive 2011/95/EU du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, art. 2 j). Cet article définit les membres de la famille et est étendu par la refonte de la Directive qualification aux ascendants de mineurs.

22 CCE, arrêt n° 45.095 du 18 Juin 2010 précise ce qu'il y a lieu d'entendre par « compatibilité avec le statut juridique personne » : *l'octroi d'une protection dérivée à un membre de la famille d'un réfugié en*

Rappelons que la refonte de la directive élargit la notion de membres de la famille aux ascendants de bénéficiaires de la protection internationale²³.

La directive qualification stipule que le membre de la famille devrait se voir octroyer un statut de séjour qui comprend des droits conséquents et privilégiés, tels qu'un titre de séjour valable pour une période de trois ans, l'octroi de documents de voyage, l'accès à l'emploi, l'accès à l'éducation, l'accès aux procédures de reconnaissance des qualifications, la protection sociale, les soins de santé. Il s'agit de droits identiques à ceux octroyés aux réfugiés, en particulier l'octroi de documents de voyage et l'accès à l'emploi. Ces éléments plaident, nous semble-t-il pour reconnaître aux membres de la famille un statut de réfugié dérivé.

Toutefois, si l'article 23 évoque l'octroi d'avantages spécifiques au membre de la famille, il n'indique pas quel est le **fondement de l'octroi de l'avantage** au membre de la famille : s'agit-il d'avantages au titre du statut de réfugié dérivé ou du droit commun des étrangers ? L'article 23 ne le précise pas, ni le reste du texte de la directive. Il y aurait lieu de clarifier ce fondement. Il est clair que les privilèges octroyés sont les mêmes que ceux octroyés aux réfugiés reconnus, à l'exception toutefois du principe du non-refoulement, inscrit à l'article 21. Il serait utile que la Cour de Justice puisse éclairer les instances d'asile à ce sujet dans le cadre d'une question préjudicielle qui leur serait posée sur l'interprétation de l'article 23 de la directive qualification. La question préjudicielle pourrait également aborder le principe de l'intérêt de l'enfant inscrit dans la Charte des droits fondamentaux ainsi que le droit à la vie privée et familiale²⁴ ou encore le droit au respect de la vie familiale²⁵. (voir plus loin).

Si la directive prévoit l'octroi d'un titre de séjour comprenant tous ces avantages, **le droit belge ne prévoit rien de tel**. Cette disposition n'a pas été transposée en dans la loi du 15 décembre 1980. La seule possibilité pour le parent d'obtenir un séjour est

d'introduire une demande de régularisation près de l'OE. La régularisation sur base de l'article 9bis n'est pas une procédure qui comprend de tels droits en Belgique, car elle dépend entièrement du pouvoir discrétionnaire de l'OE et n'accorde pas de droits au parent durant la procédure de demande de régularisation. De plus, le séjour obtenu est accordé pour un temps limité et est souvent conditionné à la preuve de ressources ou d'un travail. Dans l'état actuel de la législation belge, rien n'est prévu pour assurer la mise en œuvre du principe de l'unité familiale²⁶. Il est donc urgent pour le législateur de mettre celle-ci en conformité avec la refonte de la directive qualification. Or, le délai de transposition a expiré le 21 décembre 2013.

Il nous semble regrettable que le CCE renvoie la question de l'unité familiale au droit commun des étrangers, en estimant ne pas être compétent quant à la question du droit de séjour alors qu'il dispose de la compétence d'accorder le statut de réfugié dérivé²⁷.

2. L'unité de famille et le regroupement familial

Il est important de souligner que le principe de l'unité familiale ouvre le droit à une protection plus solide que celle dont peut disposer un étranger au titre du regroupement familial. En effet, la législation sur le regroupement familial est davantage sujette à fluctuation au gré des politiques migratoires²⁸. Sans vouloir, dans le présent commentaire approfondir les questions liées au regroupement familial, il peut être plaidé pour que la loi du 15 décembre 1980 soit également revue pour faciliter le regroupement familial des mineurs reconnus réfugiés, même accompagnés. A ce stade, seul les MENA se sont vus accorder des facilités dans le cadre du regroupement familial²⁹. N'y a-t-il pas une discrimination entre les MENA et les mineurs réfugiés reconnus ?

Il est également utile de souligner que l'arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme rappelle l'importance de

application de ce principe ne peut s'effectuer si le statut personnel de la personne y fait obstacle, notamment parce qu'elle posséderait une autre nationalité.

23 L'art.2 j) de la directive qualification conditionne toutefois la notion de membre de la famille à une famille déjà composée dans le pays d'origine. Est-ce à dire que les Etats ont décidé d'exclure des enfants nés dans cette même famille après le départ du pays d'origine ? Il nous semble difficilement défendable et contraire à l'esprit du droit des réfugiés d'exclure ces mineurs nés dans le pays d'accueil et faisant partie de la même cellule familiale. Rappelons que la directive prévoit des droits minimaux et permet aux Etats de prévoir des dispositions plus favorables en droit national.

24 Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, JO UE du 18.10.2000 C 364/01, art. 24§2 et 7.

25 Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.1950.

26 A titre d'exemple, la France, où les instances d'asile reconnaissent le statut à l'enfant, la Direction générale des étrangers a rédigé une note d'information relative au droit de séjour des ascendants de mineurs bénéficiaires d'une protection internationale (18 mars 2014) en attendant la transposition de la directive qualification dans sa loi nationale. Les parents d'enfants réfugiés, obtiennent un séjour de plein droit de 10 ans. Ce séjour est équivalent aux droits que se voient reconnaître les réfugiés.

27 Même si le CCE a déjà jugé (voir par ex. arrêt n°45.095 du 18 Juin 2010) que l'article 23 n'est pas d'application directe s'agissant d'une obligation que l'Etat doit mettre en œuvre, cela ne veut pas dire que l'obligation ne s'impose pas aux instances d'asile, d'autant que le délai de transposition de la refonte de la directive a expiré.

28 Traité du droit d'asile, *op.cit.*, p. 488.

29 Art.10§1, 7^e de la loi du 15 décembre 1980.

l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme et de l'unité familiale, en particulier pour les réfugiés reconnus³⁰. La Cour rappelle que *l'unité de la famille est un droit essentiel du réfugié et que le regroupement familial est un élément fondamental pour permettre à des personnes qui ont fui des persécutions de reprendre une vie normale (voir le mandat du HCR, paragraphe 32 ci-dessus). Elle rappelle également qu'elle a aussi reconnu que l'obtention d'une telle protection internationale constitue une preuve de la vulnérabilité des personnes concernées (Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], n° 27765/09, § 155, CEDH 2012). Elle note à cet égard que la nécessité pour les réfugiés de bénéficier d'une procédure de regroupement familial plus favorable que celle réservée aux autres étrangers fait l'objet d'un consensus à l'échelle internationale et européenne comme cela ressort du mandat et des activités du HCR ainsi que des normes figurant dans la directive 2003/86/CE de l'Union européenne (paragraphe 32 ci-dessus).*

C. Valeur juridique des recommandations de l'UNHCR

Le statut de réfugié dérivé, pourtant inscrit dans les principes de l'UNHCR, a été explicitement rejeté par le CCE dans l'arrêt commenté en raison de son caractère non contraignant en droit. Il nous semble que ce raisonnement aurait pu être approfondi davantage. Car il ne faut pas oublier que l'acquis européen sur l'asile se réfère régulièrement aux principes de l'UNHCR et qu'il nous semble évident que ces principes sont et doivent être une source d'inspiration dans le cadre de la mise en œuvre des directives européennes. Ainsi, le considérant 22 de la directive qualification, stipule que « *Des consultations avec le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés peuvent contenir des indications utiles pour les États membres lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur l'octroi éventuel du statut de réfugié en vertu de l'article 1^{er} de la convention de Genève.* »

Le Conseil lui-même s'est précédemment largement inspiré des recommandations de l'UNHCR, notamment sur le principe de l'unité familiale. Ainsi, dans un arrêt précité, le Conseil évoque le fait qu'il *s'inspire des Recommandations du Comité exécutif du programme du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, selon lesquelles, lorsque le chef de famille est reconnu réfugié, les personnes à sa charge reçoivent le même statut sans qu'il soit procédé nécessairement à un examen individuel de leurs craintes éventuelles*³¹. Rappelons à toutes fins utiles que le Comité exécutif est composé d'Etats signataires de la Convention et que ces recommandations en sont encore renforcées.

En Belgique, le Conseil d'Etat a jugé à plusieurs reprises que les recommandations du HCR ne sont pas contraignantes en droit mais constituent une source d'inspiration pour interpréter la Convention de Genève³².

Dans d'autres pays, les principes d'interprétation de la Convention de Genève en particulier le guide des procédures et critères précité ont un caractère quasi-contraignant. En effet, la jurisprudence britannique et une certaine doctrine le considèrent comme faisant partie du « contexte » que la Convention de Vienne oblige à prendre en considération pour interpréter tout traité, en ce compris la Convention de Genève (même si la Convention de Genève a été adoptée avant la Convention de Vienne, cette dernière s'y applique en tant que norme de droit international coutumier)³³.

Le professeur James Hathaway considère quant à lui que le Guide est un accord subséquent entre parties relatif à l'application de la Convention de Genève tel que visé par l'article 31(3)(a) de la Convention de Vienne³⁴.

Enfin, tout l'acquis européen en matière d'asile se réfère à l'UNHCR, lui reconnaissant des compétences certaines et nécessaires dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Genève et ses évolutions. Même s'ils n'ont pas de valeur contraignante en droit au sens strict, ils sont une source d'inspiration dans l'interprétation de la Convention de Genève et doivent jouir, à ce titre, du statut de recommandations utiles.

30 AFFAIRE MUGENZI c. France, (Requête n° 52701/09), 10 juillet 2014.

31 CCE, arrêt n°45 644 du 29.06.2010.

32 Rvs, 145 732 du 9.06.2005 ; Rvs, 216 653 du 1^{er}. 12.2011.

33 R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan and Others, U. K. : Court of Appral (England and Wales), 23 July 1999, §71 .

34 James Hathaway, The Rights of Refugees under international law, Cambridge University Press, 15 sept. 2005.

IV L'EFFET UTILE DE LA RECONNAISSANCE DU STATUT DE RÉFUGIÉ

L'arrêt commenté pose également problème quant à l'effet utile du statut de réfugié octroyé à l'enfant. La situation de séjour des parents, qui se retrouvent sous le coup d'un ordre de quitter le territoire ne leur permet pas d'exercer des droits pour assurer effectivement la protection de leur enfant. Sous ordre de quitter le territoire, mais inéloignable en pratique, les parents de l'enfant se retrouvent dans une situation d'extrême vulnérabilité.

L'enfant ne peut exercer ses droits qu'à travers la personne dont il dépend matériellement. Comment un enfant de deux ans peut-il exercer effectivement les droits qui lui sont conférés par la loi ? Autrement dit, quel est l'effet utile de cette reconnaissance de statut, puisque l'enfant ne peut exercer ses droits qu'à travers son parent, qui ne bénéficie, lui, d'aucun droit. Le principe d'un droit de séjour « dérivé » du statut d'un enfant a été reconnu (toutes proportions gardées puisqu'il s'agissait de l'application du droit communautaire d'un ascendant de ressortissant belge) par l'arrêt dit Zambrano de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)³⁵. Cet arrêt évoque la nécessité, pour que les enfants (de nationalité belge) puissent effectivement jouir de l'essentiel des droits attachés à ce statut, et compte tenu de leur bas âge, que l'ascendant qui en a la charge se voie reconnaître un droit de séjour et bénéficier d'un permis de travail. Le droit des réfugiés étant également un droit de séjour « privilégié », les mêmes principes pourraient trouver à s'appliquer s'agissant du séjour de l'ascendant d'un réfugié reconnu, et ce, *a fortiori*, si la directive prévoit déjà le principe de l'unité familiale³⁶.

V LA NOTION DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Enfin, l'arrêt du CCE pose question s'agissant des droits de l'enfant. En refusant d'appliquer le statut de réfugié dérivé au parent de l'enfant à qui il décide d'accorder une protection, le juge ne tient pas compte de l'intérêt de l'enfant. De tels arrêts mettent en péril le droit des enfants de ne pas être

séparé de leur famille, comme demandeurs d'asile d'être entouré de toute assistance humanitaire ou encore le droit à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte³⁷. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant est également requise par l'observation n°14 du Comité des droits de l'enfant qui estime que cette prise en compte est une question de fond et de procédure et qu'elle concerne aussi la procédure d'asile.

Le principe d'une nécessaire prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant est inscrit à l'article 24.2 de la Charte des droits fondamentaux³⁸ de l'Union européenne qui dispose que : « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* » Rappelons que la Charte des droits fondamentaux est applicable à l'acquis européen en matière d'asile³⁹

Cette notion de prise en compte de l'intérêt de l'enfant est également prévue dans le considérant 18 de la Directive qualification : « *l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, conformément à la convention des Nations unies de 1989 relative aux droits de l'enfant. Lorsqu'ils apprécient l'intérêt supérieur de l'enfant, les États membres devraient en particulier tenir dûment compte du principe de l'unité familiale, du bien-être et du développement social du mineur, de considérations tenant à la sûreté et à la sécurité et de l'avis du mineur en fonction de son âge et de sa maturité.* »

En l'absence d'une référence à un statut en lien avec l'unité familiale pour un mineur accompagné réfugié reconnu, il nous semble qu'il est dans l'intérêt de l'enfant, d'octroyer le statut de réfugié dérivé à son parent.

³⁵ CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi* C-34/09,

³⁶ Rappelons que les directives européennes prévoient des droits minimaux et que les Etats peuvent y déroger pour ajouter des droits.

³⁷ Comité des droits de l'enfant ; Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3, par.1), 29 mai 2013.

³⁸ Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, JO UE du 18.10.2000 C 364/01, art. 24. Voir à ce sujet la note du CBAR : L'enfant dans l'asile : prise en considération de sa vulnérabilité et de son intérêt supérieur, juin 2013. <http://www.cbar-bchv.be/LinkClick.aspx?fileticket=Hm3H5vbHVRY%3d&tabid=123&mid=586&language=fr-FR>

³⁹ La protection fournie par la Charte des droits fondamentaux de l'UE ne peut pas être inférieure à celle fournie par le CEDH mais peut aller au-delà (art. 52 al. 3 de la Charte). La Charte s'applique dès que le litige entre dans le champ d'application du droit de l'UE (CJUE [GC], Åkerberg Fransson, 26 février 2013, C-617/10, § 17-23). Le CCE a reconnu l'applicabilité de l'article 24§2 de la Charte des droits fondamentaux dans l'arrêt n° 97 183 21.02.2013 s'agissant d'une question de regroupement familial.

CONCLUSION

Si le CCE a pris fait et cause pour protéger une fillette de deux ans du danger de l'excision en cas de retour en Guinée, ce qui nous semble fondamental, il est en défaut d'expliquer pourquoi la mère de l'enfant ne peut y prétendre. Ce que le CCE a donné d'un côté, il l'a repris de l'autre. Un tel revirement de jurisprudence nécessitait à tout le moins davantage de motivation. En refusant le statut de réfugié à sa mère et le statut dérivé sur base de l'unité familiale, il a créé une situation intenable pour les membres de la famille de cet enfant en les renvoyant au droit commun du séjour (qui ne prévoit

rien pour les membres de la famille du réfugié mineur accompagné). Rappelons que l'outil de la protection internationale n'est pas un instrument régulateur des flux migratoires⁴⁰. Le CCE doit rester le garant de l'application des droits des réfugiés et de l'esprit des directives en matière d'asile. Or, le statut de réfugié offre des garanties juridiques importantes à ceux qui en bénéficient. Le législateur, quant à lui, doit urgemment prendre ses responsabilités pour combler le vide juridique à ce sujet et pour donner une effectivité au principe de l'unité familiale par la transposition de l'article 23 de la directive qualification.

⁴⁰ Serge Bodart, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Ed. Bruylant, 2008, p. 331.