

## L'éloignement et le droit au respect de la vie familiale

Luc Leboeuf

### EXTRAITS

*Cour eur. D.H., 12 octobre 2006, Mubilanzila c. Belgique, req. n° 13178/03*

81. (...) le souci des Etats de déjouer les tentatives de contournement des restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions pas plus qu'il ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non accompagné, de la protection liée à son état. Il y a donc nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des Etats.

82. La Cour observe que la détention a notamment eu pour conséquence en l'espèce de séparer la seconde requérante du membre de sa famille à qui elle avait été confiée et qui en avait la charge, lui conférant ainsi le statut de mineure étrangère non accompagnée caractérisé à l'époque par une situation de vide juridique. Cette détention a par ailleurs retardé de manière significative les retrouvailles des deux requérantes. La Cour constate que l'action des autorités n'a nullement tendu à la réunion de la mère et de sa fille mais l'a au contraire contrariée. (...)

83. (...) en l'absence de tout risque que la seconde requérante ne se soustraie au contrôle des autorités belges, sa détention en centre fermé pour adultes ne répondait à aucune nécessité. D'autres mesures paraissant conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant étaient en effet envisageables, comme le placement en centre spécialisé ou en famille d'accueil. Ces mesures avaient d'ailleurs été suggérées par le conseil de Tabitha (la requérante, *ndla*).

84. En ce qui concerne la tentative de l'oncle de la seconde requérante de tromper les autorités belges en faisant passer l'enfant pour sa fille, la Cour considère que cette circonstance ne peut en aucun cas être imputée à la seconde requérante, vu son très jeune âge. Il en va de même quant à l'attitude de sa mère et de sa famille. Par ailleurs, la Cour considère que bien que l'attitude de la première requérante soit la source d'interrogations et ne paraisse pas exempte de toute critique, elle n'est toutefois pas de nature à lui ôter la qualité de victime en l'espèce.

85. En définitive, étant donné que la seconde requérante était une mineure étrangère non accompagnée, l'Etat belge avait pour obligation de faciliter la réunification familiale (...).

86. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour juge que les deux requérantes ont subi une ingérence disproportionnée dans leur droit au respect de leur vie familiale.

87. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

*Cour constitutionnelle, 16 novembre 2013, n° 166/2013*

B.8.3. Dans les travaux préparatoires, il a été précisé que la loi instaure le principe de l'interdiction de détention d'enfants mineurs mais autorise dans des circonstances exceptionnelles la détention de familles avec enfants mineurs durant une période la plus courte possible dans un environnement adapté (Compte rendu intégral, Chambre, 19 juillet 2011, p. 126).

Il ressort également des mêmes travaux préparatoires, en particulier de la référence qui y est faite à l'arrêté royal du 14 mai 2009 précité (ibid., p. 137), que les lieux de résidence attribués sont des lieux où « chaque membre de la famille pourra quotidiennement quitter le lieu d'hébergement sans autorisation préalable » (article 19 de l'arrêté royal précité) et que la possibilité de priver les parents de leur liberté, en cas de non-respect des conditions prévues dans la convention, doit être mise en oeuvre sans que les enfants mineurs en subissent les conséquences (ibid., p. 125).

B.8.4. (...) les enfants mineurs d'une famille qui se trouve dans de telles circonstances ne peuvent se voir appliquer le même régime de maintien que les parents.

En outre, il résulte de la combinaison du paragraphe 1er de l'article 74/9 et de l'alinéa 4 du paragraphe 3 du même article qu'une famille avec enfants mineurs ne peut être placée dans un lieu visé à l'article 74/8, § 2, que si celui-ci est adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs.

L'équipement d'un tel lieu doit plus précisément satisfaire à l'article 17 de la directive 2008/115/CE précitée, qui dispose :

« Rétention des mineurs et des familles

1. Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.
2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.
3. Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.
4. Les mineurs non accompagnés bénéficient, dans la mesure du possible, d'un hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge.
5. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement ».

Il appartient au Roi de veiller à ce que les lieux dans lesquels des enfants mineurs peuvent être maintenus remplissent ces conditions. Il n'appartient pas à la Cour, mais bien au Conseil d'Etat et aux cours et tribunaux de veiller au respect de ces exigences par le Roi.

Dans cette interprétation, qui a également été mentionnée dans les travaux préparatoires (Doc. parl., Chambre, 2010-2011, DOC 53-0326/006, p. 9), la disposition attaquée n'autorise dès lors pas une privation de liberté illicite.

## OBSERVATIONS

### Introduction

Diverses dispositions de droit belge et de droit de l'Union européenne fixent les conditions dans lesquelles des ressortissants étrangers peuvent bénéficier d'un titre de séjour, aux fins de se regrouper avec des membres de leur famille de nationalité belge ou autorisés au séjour en Belgique. Ces dispositions ont fait l'objet d'une analyse dans les deux observations précédentes, lesquelles ont démontré que l'interprétation des divers régimes de regroupement familial par la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») et les juridictions belges se réalise, notamment, eu égard au droit à la vie familiale, que les divers régimes de regroupement familial entendent réaliser<sup>1</sup>.

Le parallélisme entre le droit à la vie familiale et les conditions d'obtention d'un titre de séjour sur le fondement d'un regroupement familial n'est, toutefois, pas parfait. Le champ d'application du droit à la vie familiale et, plus généralement, des droits fondamentaux, n'est pas limité aux étrangers en séjour régulier. Le droit à la vie familiale peut donc également revêtir une pertinence au stade de l'éloignement d'étrangers en séjour irrégulier qui, s'ils ne répondent pas aux conditions légales et réglementaires pour se voir octroyer un titre de séjour, n'en demeurent pas moins bénéficiaires du droit à la vie familiale.

Pour cette raison, l'article 5 de la directive 2008/115/CE, dite directive « retour » en ce qu'elle a pour objectif d'harmoniser les normes et procédures d'éloignement des étrangers en séjour irrégulier, enjoint explicitement aux Etats membres de « tenir dûment compte » du droit à la vie familiale dans sa mise en œuvre<sup>2</sup>. Le considérant 22 de cette même directive renvoie à la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH ») pour souligner que « le respect de la vie familiale devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre la présente directive ». En droit belge, ces obligations sont transposées par l'article 74/13 de la loi du 15 décembre 1980, lequel précise que « lors de la prise d'une décision d'éloignement, le ministre ou son délégué tient compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, *de la vie familiale*, et de l'état de santé du ressortissant d'un pays tiers concerné »<sup>3</sup>.

Partant de ce constat, les présentes observations s'essayent à compléter les propos des deux précédentes en clarifiant les contraintes résultant du droit à la vie familiale dans le cadre de l'exécution d'une décision de retour<sup>4</sup>. Se fondant sur les principaux arrêts rendus en la matière,

---

<sup>1</sup> L'objectif étant d'assurer la stabilité socioculturelle des étrangers, d'une manière qui favorise leur intégration, voy. notamment le cons. 4 de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *J.O.*, n° L 251, 3 octobre 2003, p. 12.

<sup>2</sup> Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.*, n° L 348, 24 décembre 2008, p. 98, dite « directive retour ». Une refonte de la directive retour est actuellement en cours. Toutefois, la proposition de refonte ne suggère pas de modifications à la version actuelle de l'article 5 de la directive, et indique explicitement que « les modifications ciblées proposées (...) n'affectent (pas) la protection des droits actuellement conférés aux migrants, y compris en ce qui concerne (...) le respect de la vie familiale (...) » (COM, 2018, 634 final). Il est donc peu probable que la refonte de la directive retour aura pour effet de remettre en question l'analyse réalisée par ce chapitre.

<sup>3</sup> Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980. Notre emphase.

<sup>4</sup> Ce chapitre use également des termes « décision d'éloignement », ou encore « ordre de quitter le territoire », pour se référer à une « décision de retour » au sens de l'article 3, 4<sup>o</sup>, de la directive retour, à savoir « une décision

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

elles proposent une analyse des relations entretenues entre le droit à la vie familiale et la réglementation belge relative au séjour, sous l'angle des conséquences du premier sur la seconde au stade de l'exécution d'un ordre de quitter le territoire.

Une première partie s'intéresse aux contraintes résultant du droit à la vie familiale, lorsqu'il s'agit de recourir à des moyens de coercition pour exécuter une décision de retour (I). Prenant pour point de départ l'arrêt *Mubilanzila c. Belgique*<sup>5</sup>, reproduit ci-avant, elle explore l'usage par la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour EDH ») du droit à la vie familiale, aux côtés d'autres dispositions de la Convention comme les articles 3 et 5 CEDH, pour imposer certaines limites et conditions à la privation de liberté de mineurs étrangers en vue de leur éloignement. Elle aborde, ensuite, la synthèse de ces obligations telle que réalisée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 116/2013 du 16 novembre 2013, également reproduit en tête de ces observations, et les développements ultérieurs devant le Conseil d'Etat.

Une seconde partie aborde les hypothèses où le droit à la vie familiale fait obstacle à l'exécution d'une décision de retour en elle-même, indépendamment des moyens utilisés. Bien que relativement exceptionnelles en pratique, ces situations révèlent l'existence d'un interface entre le droit à la vie familiale et les divers régimes de regroupement familial, et plus généralement entre les droits fondamentaux et la législation relative au séjour. Les modalités de gestion jurisprudentielle et législative de cet interface sont clarifiées, de même que ce qu'elles révèlent des dynamiques fondamentales du droit des étrangers en Belgique.

## **I. Le droit à la vie familiale et le recours à la privation de liberté d'un mineur pour exécuter une décision d'éloignement**

La privation de liberté est une des mesures que l'administration peut adopter afin de procéder à l'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier, dans l'hypothèse où ce dernier ne collaborerait pas à un retour volontaire. Elle est strictement encadrée par la loi du 15 décembre 1980 et le droit de l'Union européenne, en particulier la directive retour, qui la consacre en tant que mode subsidiaire de mise en œuvre d'une décision de retour<sup>6</sup>. Comme rappelé par la CJUE

---

ou un acte de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour ».

<sup>5</sup> C.E.D.H., 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03. Sur cet arrêt et d'autres rendus ultérieurement relativement à la privation de liberté de mineurs étrangers en Belgique, voy. notamment S. BOUCKAERT, « De vasthouding van (niet-begeleide) buitenlandse minderjarigen in gesloten centra: ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak », *T. Vreemd.*, 2008, p. 102 ; J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « 'on n'enferme pas un enfant. point' Jacques fierens, une voix pour les sans-voix », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ et S. WATTIER, *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 209-218 ; J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, p. 360 ; B. MASSON, « Un enfant n'est pas un étranger comme les autres », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, p. 825 ; E. TSHIMUANGA, « Principaux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de détention d'enfants migrants », *J.D.J.*, 2014, p. 43. Pour une analyse davantage focalisée sur la manière dont divers acteurs de la société civile ont mobilisé le droit pour s'opposer à la privation de liberté de mineurs étrangers, voy. M.-B. DEMBOUR, « What it Takes to Have a Case : The Backstage Story of *Muskhadzhiyeva v. Belgium* (Illegality of Children's Immigration Detention) », in E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Preventing and Sanctioning Hindrance to the Right of Individual Petition Before the European Court of Human Rights*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 75.

<sup>6</sup> Art. 74/6 de la loi du 15 décembre 1980 ; art. 8 et 15 de la directive retour. Sur la subsidiarité du recours à la privation de liberté afin de mettre en œuvre une décision de retour, voy. notamment A. BALDACCINI, « The Return and Removal of Irregular Migrants under EU law : An Analysis of the Returns Directive », *E.J.M.L.*, 2009, p. 1 ; J.-Y. CARLIER, « La 'directive retour' et le respect des droits fondamentaux », *L'Europe des libertés*, n° 26, 2008, p. 18 ; G. CORNELISSE, « Detention of Foreigners », in E. GUILD et P. MINDERHOUD (dir.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 223 ; D.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

dans l'un des arrêts majeurs en la matière, *El Dridi*, « ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention »<sup>7</sup>. La privation de liberté d'un étranger en séjour irrégulier n'est donc envisageable qu'en tant que mesure de dernier ressort, lorsqu'il s'avère qu'elle est nécessaire pour garantir un éloignement effectif.

En sus de ces garanties générales, applicables à toute privation de liberté en vue de l'éloignement forcé d'un étranger, des garanties supplémentaires ont été déduites du droit à la vie familiale. Cette première partie s'essaye à clarifier le contenu de ces garanties additionnelles. Elle analyse, pour cela, la jurisprudence de la Cour EDH, qui a parfois usé du droit à la vie familiale pour évaluer la compatibilité avec la Convention d'une mesure de privation de liberté d'un mineur étranger. Dans cette jurisprudence, le droit à la vie familiale (article 8 CEDH) complémente d'autres garanties de la Convention, en particulier l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (article 3 CEDH) et le droit à la liberté (article 5 CEDH). Cette relation de complémentarité est analysée dans les prochaines sections, qui s'essayent à identifier l'apport du droit à la vie familiale au raisonnement adopté par la Cour EDH lorsqu'il s'agit d'évaluer la conformité d'une mesure de privation de liberté d'un mineur étranger avec la CEDH.

La première section démontre que le droit à la vie familiale a permis à la Cour d'imposer une garantie autonome, propre au droit à la vie familiale, à savoir celle de ne pas séparer les enfants de leurs parents (A). La seconde section analyse le rôle plus indirect que revêt le droit à la vie familiale dans le raisonnement de la Cour EDH, notamment afin de participer à justifier une interprétation des articles 3 et 5 CEDH à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (B). Une troisième section explore la synthèse de ces différentes garanties telles que réalisée par le législateur belge et validée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 116/2013 du 16 novembre 2013, également reproduit ci-avant. Elle aborde aussi les développements ultérieurs devant le Conseil d'Etat (C).

### ***A. Le droit à la vie familiale et l'obligation de ne pas séparer les enfants mineurs des membres de leur famille***

Dans l'arrêt *Mubilanzila c. Belgique*, la Cour EDH a condamné la privation de liberté d'une MENA, âgée de cinq ans, sous l'angle non seulement des articles 3 et 5 CEDH, mais également de l'article 8. En l'espèce, la requérante avait été interpellée alors qu'elle tentait d'entrer irrégulièrement sur le territoire belge accompagnée de son oncle, de nationalité néerlandaise. Elle avait été séparée de son oncle et privée de liberté dans le centre fermé 127bis, en vue de son éloignement vers son pays d'origine, le Congo, alors que sa mère résidait au Canada. Selon la Cour, la circonstance que suite à cette privation de liberté la requérante s'est trouvée séparée de ses parents, implique une violation du droit à la vie familiale. Constatant que « l'action des autorités n'a nullement tendu à la réunion de la mère et de sa fille mais l'a au contraire contrariée »<sup>8</sup>, la Cour reproche à la Belgique d'avoir procédé à une privation de liberté de la requérante en vue d'un renvoi vers son pays d'origine, plutôt que de tenter d'organiser le regroupement avec sa mère au Canada. Il est également reproché aux autorités belges d'avoir

---

VANDERMEERSCH, « La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger », *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, p. 616.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU, *EU:C:2011:268*, §39.

<sup>8</sup> C.E.D.H., *Mubilanzila*, *op. cit.*, §82.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

séparé la requérante de son oncle, la Cour constatant que « la détention a notamment eu pour conséquence en l'espèce de séparer la (...) requérante du membre de sa famille à qui elle avait été confiée et qui en avait la charge »<sup>9</sup>.

Ce faisant, le constat d'une violation du droit à la vie familiale vient s'ajouter aux violations également établies, dans la même affaire, sous l'angle de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et des détentions arbitraires<sup>10</sup>. L'usage du droit à la vie familiale permet alors à la Cour de placer une emphase spécifique sur l'absence de système institutionnalisé permettant une prise en charge adéquate des MENA, en tentant de les réunir avec les membres de leur famille le cas échéant.

Dans d'autres affaires, la condamnation prononcée sous l'angle du droit à la vie familiale permet à la Cour de confirmer l'existence d'une obligation de principe de ne pas procéder à une privation de liberté d'un mineur, lorsque cette dernière a pour effet de le séparer des membres de sa famille. Dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva c. Belgique*, relatif à la privation de liberté d'une mère russe d'origine tchétchène et de ses quatre enfants (âgés de respectivement sept mois, trois ans et demi, cinq ans et sept ans) en vue de leur éloignement du territoire belge, la Cour rejette le grief tiré de l'article 8 CEDH au motif que « la présente espèce ne pose pas un problème de réunification familiale, la requérante et ses quatre enfants ayant été détenus ensemble »<sup>11</sup>. Il s'en déduit, *a contrario*, une obligation de principe de ne pas séparer les enfants des membres de leur famille dans le cadre de la mise en œuvre d'une mesure d'éloignement. Pareille obligation a, depuis lors, également été reconnue par la CJUE dans le cadre de la mise en œuvre du règlement Dublin, où il a été jugé qu'il existe une « présomption selon laquelle il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de traiter la situation de cet enfant de manière indissociable de celle de ses parents »<sup>12</sup>.

Ainsi que cela est démontré dans la prochaine section, la pertinence du droit à la vie familiale ne se limite pas aux hypothèses où la privation de liberté a pour effet de séparer les enfants de leurs parents. La Cour EDH a également usé du droit à la vie familiale pour supporter l'interprétation d'autres dispositions de la Convention à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### ***B. Le droit à la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant***

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant mineur est consacré explicitement dans divers textes internationaux et régionaux de protection des droits fondamentaux, mais pas par la

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, §82.

<sup>10</sup> La Cour dénonce également une détention qui « fait preuve d'un manque d'humanité et atteint le seuil requis pour être qualifiée de traitement inhumain » (§58). Elle insiste sur la situation d'« extrême vulnérabilité » dans laquelle se trouvait la requérante en raison de son très jeune âge et de sa qualité de MENA, notant que « il n'est pas contestable qu'à l'âge de cinq ans un enfant est totalement dépourvu d'autonomie et dépendant de l'adulte et que lorsqu'il est séparé de ses parents et livré à lui-même, il est complètement démuni » (§51).

<sup>11</sup> C.E.D.H., 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva c. Belgique*, req. n° 41442/07, §98. La famille avait été privée de liberté après avoir demandé l'asile en Belgique, en vue de son transfert vers la Pologne qui était l'État membre responsable de l'examen de leur demande en vertu du règlement Dublin. Une condamnation a été prononcée sous l'angle des articles 3 et 5 CEDH. La Cour a essentiellement argué de la vulnérabilité psychologique particulière des mineurs concernés, qui s'étaient vu diagnostiquer des troubles post-traumatiques. Elle note que « les enfants (...) montraient des symptômes psychiques et psychosomatiques graves, comme conséquence d'un traumatisme psychique et somatique » (§ 60).

<sup>12</sup> C.J.U.E., 23 janvier 2019, *M.A., S.A., A.Z.*, aff. C-661/17, *EU:C:2019:53*, §90 et point 5 du dispositif.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

CEDH<sup>13</sup>. Il a, toutefois, été utilisé à de nombreuses reprises par la Cour pour guider son interprétation du droit à la vie familiale, au motif qu'il existe « un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer »<sup>14</sup>. Dans l'arrêt *Rahimi c. Grèce*<sup>15</sup>, relatif à la privation de liberté d'un MENA considéré à tort comme un adulte, la Cour se réfère à cette jurisprudence telle que développée sous l'angle de l'article 8 CEDH, pour justifier une interprétation de l'article 5 CEDH à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>16</sup>. Cela supporte, en l'espèce, le constat d'une violation de l'article 5 CEDH, essentiellement fondé sur la circonstance qu'il n'a pas été tenu compte de la vulnérabilité particulière du requérant en tant que MENA, la Cour insistant sur la circonstance que « le requérant, en raison de son âge et de sa situation personnelle, se trouvait en une situation d'extrême vulnérabilité »<sup>17</sup>.

La condamnation prononcée dans l'arrêt *Rahimi* s'inscrit dans un contexte particulier, où les conditions de détention de migrants en Grèce ont été jugées en soi indignes et contraires à la Convention, en raison notamment de la surpopulation et des conditions d'hygiènes défectueuses, et où le requérant avait été considéré, à tort, comme majeur. Le droit à la vie familiale n'est pas déterminant dans le raisonnement de la Cour, et permet simplement de justifier une interprétation de l'article 5 CEDH à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'arrêt ultérieur *Popov c. France*, la Cour accorde une importance plus grande au droit à la vie familiale, qu'elle combine au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pour affirmer le caractère subsidiaire du recours à une mesure de privation de liberté, particulièrement lorsqu'il s'agit de familles avec enfants mineurs<sup>18</sup>. En l'espèce, la Cour juge que le recours systématique à une privation de liberté, sans examen approprié de la situation des enfants concernés, est en soi contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit à la vie familiale. Se prononçant sous l'angle de l'article 8 CEDH, elle indique être « d'avis que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale mais que les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale »<sup>19</sup>.

Le droit à la vie familiale n'est alors plus uniquement utilisé pour justifier l'introduction de considérations liées à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il s'agit d'examiner un grief tiré des articles 3 et 5 CEDH, mais est à son tour interprété à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela permet de supporter l'exigence de principe du caractère subsidiaire de la privation de liberté, au vu des contraintes que cette dernière fait peser sur la vie familiale.

---

<sup>13</sup> Art. 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Voy. aussi Comité des droits de l'enfant, *Observations générales du n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, 2013.

<sup>14</sup> Voy. par exemple, dans le cadre d'un enlèvement d'enfant, C.E.D.H. (GC), 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07, §135.

<sup>15</sup> C.E.D.H., 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, req. n° 8687/08, obs. G. AUSSEMS, « Les obligations positives des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'accueil des migrants mineurs non accompagnés », *R.D.E.*, 2011, p. 116. Voy. aussi, dans le même sens d'une condamnation de la Grèce pour ne pas avoir mis en place un système efficace de prise en charge des MENA, mais sans invocation du droit à la vie familiale, C.E.D.H., 28 février 2019, *H.A. et autres c. Grèce*, req. n° 19951/16, obs. C. FLAMAND, « Primauté du statut d'enfant sur le statut de mineur étranger isolé en situation irrégulière : oui, mais... », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2019 et *J.D.J.*, 2019, n° 387, p. 24, et C.E.D.H., 13 juin 2019, *SH. D. et autres c. Grèce, Autriche, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovaquie*, req. n° 14165/16.

<sup>16</sup> C.E.D.H., *Rahimi*, *op. cit.*, §108.

<sup>17</sup> *Ibid.*, §86.

<sup>18</sup> C.E.D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. nos 39472/07 et 39474/07. Sur cet arrêt, voy. aussi C.-A. CHASSIN, « La rétention des étrangers mineurs accompagnant leurs parents », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 681.

<sup>19</sup> C.E.D.H., *Popov*, *op. cit.*, §147.

Ce raisonnement est réitéré dans l'arrêt ultérieur *A.B. c. France*, où la Cour juge qu'« il ne ressort pas des faits en présence que les autorités aient mis en œuvre toutes les diligences nécessaires pour exécuter au plus vite la mesure d'expulsion et limiter le temps d'enfermement »<sup>20</sup>. Il est reproché aux autorités françaises, en l'espèce, de ne pas avoir « mis en œuvre toutes les diligences nécessaires pour exécuter au plus vite la mesure d'expulsion et limiter le temps d'enfermement », la Cour regrettant que « les requérants furent maintenus en rétention pendant dix-huit jours sans qu'aucun vol ne soit organisé et sans que des laissez-passer consulaires ne soient obtenus »<sup>21</sup>. Il en va de même dans l'arrêt *R.K. c. France*, où la Cour prononce une condamnation sous l'angle de l'article 8 C.E.D.H. pour un motif similaire<sup>22</sup>, et dans l'arrêt *R.C. et V.C. c. France*, où la Cour conclut, toutefois, que la privation de liberté était justifiée sous l'angle de l'article 8 CEDH. Elle se satisfait, en l'espèce, de ce que « le préfet a écarté la possibilité de recourir à une mesure moins coercitive en raison de la conjonction de plusieurs facteurs, dont la condamnation pénale de la requérante pour des faits graves, sa volonté affichée de ne pas retourner dans son pays d'origine et son absence d'adresse connue »<sup>23</sup>.

Pour autant, la référence à l'article 8 CEDH n'est pas systématique dans la jurisprudence de la Cour. L'invocation du droit à la vie familiale ne conditionne pas celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ni même l'affirmation, par la Cour, du principe de la subsidiarité de la détention. Divers arrêts condamnent la privation de liberté de mineurs étrangers, MENA ou non, sans se fonder sur la vie familiale<sup>24</sup>, la Cour considérant parfois que le grief tiré de l'article 8 CEDH se confond avec celui tiré de l'article 3 CEDH<sup>25</sup>. Cela démontre que la jurisprudence de la Cour en la matière ne devrait pas se lire de façon fragmentée. Le droit à la vie familiale participe à l'élaboration d'un ensemble de garanties qui enjoignent aux Etats de tenir compte de la situation spécifique des mineurs dans le cadre de mesures de privation de liberté, plus qu'il ne conditionne ces garanties. Pour cette raison, la section suivante explore la synthèse des différentes obligations résultant de la CEDH telle qu'opérée en droit belge par le législateur et la Cour constitutionnelle, au-delà du droit à la vie familiale.

### *C. La synthèse réalisée par le législateur et les juridictions belges*

Dans chacune des affaires portées devant la Cour EDH et auxquelles il est fait référence ci-avant, en ce compris celles dirigées à l'encontre de la Belgique, la Cour a conclu à une violation

---

<sup>20</sup> C.E.D.H., 12 juillet 2016, *A.B. c. France*, req. n° 11593/12.

<sup>21</sup> *Ibid.*, §155.

<sup>22</sup> C.E.D.H., 12 juillet 2016, *R.K. c. France*, req. n° 68264/14, §§105 et s.

<sup>23</sup> C.E.D.H., 12 juillet 2016, *R.C. et V.C. c. France*, req. n° 76491/14, §56, voy. aussi §81. La Cour condamne, toutefois, la privation de liberté sous l'angle des articles 3 et 5 CEDH, au motif que les conditions de détention n'étaient pas adaptées aux familles avec enfants mineurs.

<sup>24</sup> C.E.D.H., 11 décembre 2014, *Mohamad c. Grèce*, req. n° 70586/11 et C.E.D.H., 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, req. nos 25794/13 et 28151/13 ; C.E.D.H., *H.A. et autres c. Grèce*, *op. cit.* ; C.E.D.H., *SH. D. et autres (MENA)* ; C.E.D.H., 13 décembre 2011, *Kanagaratnam c. Belgique*, req. n° 15297/09 ; C.E.D.H., 12 juillet 2016, *R.M. c. France*, req. n° 33201/11, obs. J.-B. FARCY, « Confirmation par la juridiction strasbourgeoise du caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention d'enfants mineurs en vue de leur éloignement », *Cahiers de l'EDEM*, septembre 2016 ; C.E.D.H., 7 décembre 2017, *S.F. c. Bulgarie*, req. n° 8138/16, obs. H. GRIBOMONT, « Conditions de détention des mineurs : le mauvais exemple de la Bulgarie », *Cahiers de l'EDEM*, décembre 2017 ; C.E.D.H., 26 mars 2020, *Bilalova c. Pologne*, req. n° 23685/14 (familles avec enfants mineurs).

<sup>25</sup> C.E.D.H., 31 juillet 2012, *Mahmundi et autres c. Grèce*, req. n° 14902/10, §75 ; C.E.D.H., 17 octobre 2019, *G.B. et autres c. Turquie*, req. n° 4633/15, §192.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

de la Convention. Il en a résulté diverses réformes du cadre législatif et réglementaire belge relatif à la privation de liberté de mineurs étrangers.

Suite à l'arrêt *Mubilanzila*, un Service des tutelles dépendant du S.P.F. Justice a été établi par la loi du 24 décembre 2002. Chaque MENA se voit désormais désigner un tuteur, lequel l'assistera dans les démarches administratives nécessaires pour trouver une « solution durable ». Cette solution durable est déterminée au cas par cas et peut inclure, notamment, le regroupement familial en Belgique ou dans un pays tiers<sup>26</sup>. Depuis sa modification par la loi du 16 novembre 2011, la loi du 15 décembre 1980 prévoit également que le MENA pourra bénéficier d'un titre de séjour provisoire, de six mois renouvelables, le temps qu'une solution durable soit trouvée<sup>27</sup>. Les MENA ne sont donc en principe plus privés de liberté en Belgique.

Quant aux mineurs accompagnant leur famille en séjour irrégulier, des « maisons de retour » ont été créées, en 2009, au titre d'alternatives aux centres fermés<sup>28</sup>. Il s'agit de centres ouverts gérés par l'Office des étrangers, où les familles sont logées en attendant leur retour, tout en demeurant libres de leurs mouvements<sup>29</sup>. La loi du 16 novembre 2011 a ultérieurement formalisé cette pratique, en l'inscrivant dans la loi du 15 décembre 1980. Elle prévoit que les familles placées en « maison de retour » s'engagent à respecter diverses normes de conduite, fixées dans une convention cadre signée avec l'Office des étrangers.

La loi du 16 novembre 2011 n'exclut pas, toutefois, que des familles avec enfants mineurs soient privées de liberté. Elle prévoit, au contraire, que le non-respect de la convention établie avec l'Office des étrangers lors du logement en « maison de retour » implique le transfert vers un centre fermé, « à moins que d'autres mesures radicales mais moins contraignantes puissent efficacement être appliquées »<sup>30</sup>. La privation de liberté est autorisée en tant que mesure de dernier ressort et « pour une durée aussi courte que possible », pour autant que le centre fermé soit « adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs »<sup>31</sup>.

Un recours a été introduit auprès de la Cour constitutionnelle à l'encontre de la loi du 16 novembre 2011. Par l'arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, la Cour a jugé la loi du 16 novembre 2011 conforme à la Constitution aux motifs, notamment, qu'elle « instaure le principe de l'interdiction de détention d'enfants mineurs mais autorise dans des circonstances exceptionnelles la détention de familles avec enfants mineurs durant une période la plus courte possible dans un environnement adapté »<sup>32</sup>. La Cour rappelle, à cette occasion, qu'« il appartient au Roi de veiller à ce que les lieux dans lesquels des enfants mineurs peuvent être maintenus remplissent ces conditions » et qu'il revient « au Conseil d'État et aux cours et tribunaux de

---

<sup>26</sup> L'introduction d'une demande d'asile, laquelle ne sera acceptée que si les critères légaux applicables à tout demandeur d'asile sont rencontrés, ou encore le retour dans le pays d'origine, sont d'autres solutions durables envisageables, en fonction des spécificités de l'espèce.

<sup>27</sup> Articles 61/14 et suivants de la loi du 15 décembre 1980. Pour une analyse de la mise en œuvre de ce dispositif, voy. C. GHYMERS, « La procédure de séjour des mineurs étrangers non accompagnés. Quels constats après 7 ans d'application ? », *R.D.E.*, 2019, p. 133.

<sup>28</sup> Loi programme du 24 décembre 2002, *M.B.*, 31 décembre 2002, Titre XIII, Chapitre 6.

<sup>29</sup> Arrêté royal du 14 mai 2009 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux d'hébergement au sens de l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 mai 2009.

<sup>30</sup> Article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980. Il est, en outre, possible de placer une famille avec enfants mineurs dans un centre fermé, sans séjour préalable dans une maison de retour, dans certaines hypothèses spécifiques relatives à une menace à la sécurité nationale et à l'ordre public (article 74/9, §3 et article l'article 3, al. 1er, 5° à 7°, de la loi du 15 décembre 1980) ou en cas de refus d'entrée (article 74/9, §2, de la loi du 15 décembre 1980).

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> C.C., 19 décembre 2013, n° 166/2013, cons. B.8.3.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

veiller au respect de ces exigences par le Roi »<sup>33</sup>. Cet arrêt revient à valider, dans son principe, la privation de liberté d'enfants mineurs telle qu'envisagée par le législateur belge, en tant que mesure exceptionnelle et de dernier ressort, pour autant qu'elle soit réalisée dans un « environnement adapté ». Il revient alors au Conseil d'Etat de vérifier que les autorités mettent en place pareil « environnement adapté », et aux juridictions d'instruction de s'assurer qu'il n'y ait pas de contre-indications dans des cas particuliers, lorsqu'ils remplissent au quotidien leur mission de contrôler la légalité de mesures de privation de liberté d'étrangers<sup>34</sup>.

Des travaux ont, par la suite, été réalisés au centre fermé 127bis pour le doter d'unités familiales disposant d'emménagements particuliers pour y priver de liberté des familles avec enfants mineurs. La clôture de ces travaux a mené à l'adoption d'un arrêté royal du 22 juillet 2018, afin d'autoriser à nouveau la privation de liberté avec enfants mineurs, sous les conditions établies par la loi du 16 novembre 2011<sup>35</sup>. L'arrêté royal du 22 juillet 2018 a, toutefois, fait l'objet d'une suspension par le Conseil d'Etat par un arrêt du 4 avril 2019 au motif, notamment, que les nuisances sonores subies au sein du centre, situé sur le site de l'aéroport de Zaventem, sont trop importantes. Le Conseil d'Etat rappelle, à ce sujet, qu'« il se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que celle-ci n'admet la détention d'enfants en bas âge dans un lieu où ils sont exposés à des nuisances aéroportuaires importantes que pour une durée extrêmement courte »<sup>36</sup>.

Ce faisant, le Conseil d'Etat s'est aligné sur l'approche jurisprudentielle de la Cour EDH et de la Cour constitutionnelle. Il n'y a pas d'interdiction de principe de priver tout mineur étranger de sa liberté, mais pareille détention demeure soumise à des conditions particulièrement strictes. Il doit non seulement s'agir d'une mesure de dernier ressort, envisageable uniquement lorsque le mineur accompagne les membres de sa famille, mais elle ne peut, en outre, n'être mise en œuvre que moyennant l'existence d'une infrastructure adaptée. De nombreuses voix s'étaient élevées, et s'élèvent encore, au sein de la société civile et du monde académique, pour appeler à accorder une place plus grande au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, de manière à condamner toute privation de liberté d'un enfant dans le cadre de la mise en œuvre de mesures de contrôle des migrations<sup>37</sup>. Il reste à déterminer si les conditions strictes à la privation de

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, cons. B.8.4.

<sup>34</sup> Sur la compétence des juridictions d'instructions de contrôler la privation de liberté des étrangers en séjour irrégulier, voy. le n° spécial de la *R.D.E.* n° 191, 2016, sous la coordination de G. AUSSEMS et avec les contributions de P. HUBERT, P. HUGET, G. LYS, T. WIBAULT et N. SEGERS.

<sup>35</sup> Arrêté royal du 22 juillet 2018 modifiant l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des Etrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 2018 (ci-après « loi du 15 décembre 1980 »).

<sup>36</sup> C.E., 4 avril 2019, n° 244.190, §45. Voy. aussi J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « 'on n'enferme pas un enfant. point' ... », *op. cit.*, pp. 210 et s.

<sup>37</sup> Voy. notamment A. DESWAEF et V. VAN DER PLANCKE, « A quand la fin de l'enfermement des migrants ? », *J.T.*, 2012, p. 626 ; J. FIERENS, *op. cit.* ; C. FLAMAND, *op. cit.* ; A.-C. RASSON, « 'L'intérêt de l'enfant', clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant » ; et B. VAN OVERSTRAETEN et P. DEBUCQUOIS, « Droit des étrangers, étranges droits », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ et S. WATTIER, *op. cit.*, p. 184 et p. 272. Voy. aussi Comité des droits de l'enfant et Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, *Observation générale conjointe n° 4 et n° 23 sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour*, 2017, en particulier le §5 selon lequel « la détention d'un enfant au motif du statut migratoire de ses parents constitue une violation des droits de l'enfant et est contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

liberté de mineurs étrangers conduiront finalement les autorités à décider de renoncer à l'organiser en Belgique.

## **II. Le droit à la vie familiale et l'exécution d'une décision d'éloignement**

Le droit à la vie familiale n'a pas pour unique effet de limiter le recours à la privation de liberté pour exécuter une décision de retour. Il peut également s'opposer à l'exécution de la décision de retour en elle-même, lorsque l'éloignement violerait le droit à la vie familiale sans, pour autant, que les conditions légales et réglementaires pour obtenir un titre de séjour ne soient remplies. Ces hypothèses demeurent relativement rares en pratique, puisque qu'une jurisprudence abondante interprète les conditions pour bénéficier du regroupement familial à la lumière du droit à la vie familiale (et inversement), ce qui a pour effet de prévenir d'importantes discordances entre la législation relative au séjour et les droits fondamentaux. De plus, divers mécanismes mis en place par le législateur visent à prévoir des solutions alternatives, hors du champ d'application des divers régimes de regroupement familial, pour les étrangers ne pouvant prétendre à un titre de séjour sur cette base mais dont l'éloignement violerait le droit à la vie familiale. Il n'en demeure pas moins que, pour exceptionnelles qu'elles soient en pratique, ces situations révèlent et interrogent les relations entre la législation relative au séjour et les droits fondamentaux. Elles sont donc abordées ci-après.

Une première section présente les principaux enseignements de la jurisprudence relative à l'interprétation des conditions pour bénéficier d'un regroupement familial, en se focalisant sur les arrêts interprétant les conditions s'éloignant, voire faisant obstacle, à un examen de la proportionnalité de l'ingérence au droit à la vie familiale (A). L'objectif n'est pas de proposer une étude exhaustive des divers régimes de regroupement familial et de leur interprétation en jurisprudence, mais plutôt d'identifier le mouvement jurisprudentiel à l'œuvre durant ces dernières décennies, sous l'angle de ses implications sur les relations entre le droit à la vie familiale et le regroupement familial<sup>38</sup>. Il s'agit, en d'autres termes, d'identifier comment l'interface entre le premier et le second est géré par le juge.

Une seconde section aborde les mécanismes mis en place, par le législateur belge, pour adresser les hypothèses résiduelles où les conditions d'un regroupement familial ne sont pas rencontrées, bien qu'un éloignement violerait le droit à la vie familiale (B). Partant du constat que ces mécanismes ne sont pas parfaits, une troisième section ouvre une réflexion plus générale sur les relations entre la législation relative au séjour et les droits fondamentaux, telle que révélée par l'analyse menée sous l'angle du droit à la vie familiale (C). Elle démontre qu'il est inhérent à cette relation que diverses situations dites de « limbes juridiques » apparaissent, lorsqu'un étranger n'est ni autorisé au séjour, ni expulsable. Il y est argumenté que reconnaître l'existence de pareilles situations, qui questionnent la division stricte établie par la loi du 15 décembre 1980 entre le séjour régulier et le séjour irrégulier, est un préalable nécessaire au développement de réponses politiques et administratives adéquates.

### ***A. La gestion jurisprudentielle de l'interface entre le droit à la vie familiale et le regroupement familial***

Diverses conditions d'ordre tant procédural que substantiel peuvent avoir pour effet d'engendrer une dissociation entre les conditions pour bénéficier du regroupement familial,

---

<sup>38</sup> Pour pareille analyse, voy. J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, en particulier pp. 331-400.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

d'une part, et le droit à la vie familiale, d'autre part. Il s'agit de conditions qui sont étrangères à une évaluation de l'étendue de l'ingérence dans la vie familiale en cause et reposent sur des considérations liées, notamment, à l'organisation administrative du traitement des demandes et à la protection de l'ordre public et des finances publiques. Les conditions d'ordre procédural ont trait à l'ensemble des causes d'irrecevabilité d'une demande de regroupement familial sans examen au fond, qu'il s'agisse du rejet de la demande en raison d'une interdiction d'entrée<sup>39</sup>, ou encore pour des motifs formels liés au non respect des conditions relatives, notamment, à l'exigence de produire certains documents pour attester de la réalité de la vie familiale<sup>40</sup>. Les conditions de fond ont trait, essentiellement, à l'exigence de disposer de moyens de subsistance stables, réguliers et suffisants de même que d'un logement suffisant<sup>41</sup>, de ne pas présenter de menace pour l'ordre public et la santé publique<sup>42</sup> ou encore aux liens familiaux protégés. Ces derniers relèvent essentiellement de la famille dite « nucléaire », limitée au conjoint ou partenaire et aux enfants à charge<sup>43</sup>, alors que le droit à la vie familiale est interprété par la Cour EDH de manière fonctionnelle, en fonction des spécificités du cas d'espèce pouvant potentiellement inclure des relations familiales de fait, au-delà de la sphère familiale nucléaire<sup>44</sup>.

Ces conditions limitant le bénéfice du regroupement familial ont, souvent, été interprétées comme ne pouvant pas être imposées automatiquement, sans tenir compte des circonstances propres à l'espèce. Cette exigence a été essentiellement construite au travers de la jurisprudence de la CJUE, particulièrement pertinente en matière de regroupement familial dont les règles ont fait l'objet d'une harmonisation étendue. En outre, pour ce qui est des situations purement internes ne relevant pas du champ d'application du droit de l'Union, les juridictions belges

---

<sup>39</sup> Art. 74/11 de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>40</sup> Art. 26 et s. et 50 de l'Arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981. L'article 44 du même arrêté royal introduit, toutefois, une certaine souplesse en faveur des membres de la famille de citoyens européens, en prévoyant que « Lorsqu'il est constaté que le membre de la famille ne peut apporter la preuve du lien de parenté ou d'alliance ou du partenariat invoqué par des documents officiels conformes à l'article 30 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé ou aux conventions internationales portant sur la même matière, le ministre ou son délégué peut tenir compte d'autres preuves valables produites au sujet de ce lien ».

<sup>41</sup> Art. 10, §§2 et 5 ; 10bis, §§1<sup>er</sup>, 2 et 3 ; 10ter, §2 et 40ter, §2, al. 2 de la loi du 15 décembre 1980. Cette exigence ne s'applique pas aux membres de la famille de citoyens européens, qui doivent uniquement démontrer qu'ils disposent des « moyens de subsistance nécessaires pour permettre de subvenir à leurs besoins sans devenir une charge pour les pouvoirs publics », ce qui correspond à une condition plus souple et moins stricte (art. 42 de la loi du 15 décembre 1980). Les Belges dit « statiques », qui n'ont pas exercé leur liberté de circulation et échappent au champ d'application du droit de l'Union, en ce compris l'article 20 TFUE tel qu'interprété dans la jurisprudence *Zambrano*, ne bénéficient pas du régime plus favorable accordé aux citoyens européens et sont soumis à l'obligation de démontrer qu'ils disposent de « moyens de subsistance stables, réguliers et suffisants ». Pour une analyse détaillée de ce régime sous l'angle des « discriminations à rebours », voy. M. LYS, « La nouvelle loi belge sur le regroupement familial : le droit européen et le droit belge autorisent-ils la discrimination à rebours ? », *R.B.D.C.*, 2015, pp. 1374-2558. Voy. aussi C.C., 26 septembre 2013, n° 121/2013.

<sup>42</sup> Art. 3, 7° ; 7, 2° ; 20 et s. de la loi du 15 décembre 1980. Voy. aussi C. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *R.D.E.*, 2018, p. 179.

<sup>43</sup> L'étendue exacte des relations familiales protégées varie en fonction du régime applicable, voy. J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers, op. cit.*, pp. 342 et s. ; C. FLAMAND et S. SAROLEA, « Trajet migratoire et regroupement familial : obstacles et perspectives », in S. SAROLEA (dir.), *Immigration et droits. Questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 45.

<sup>44</sup> C.E.D.H., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74 ; C.E.D.H., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02. Dans le cadre du contentieux migratoire, voy. par ex. C.E.D.H., 28 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, req. n° 1638/03, en particulier §62 (jeune adulte) et C.E.D.H., 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, req. n° 12313/86 (frères et sœurs). Sur ce point, voy. également T. WIBAULT, « La transposition de la directive retour en droit belge », *R.D.E.*, 2012, p. 374.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

alignent généralement leur interprétation sur celle de la CJUE<sup>45</sup>. Il y a là un effet de mimétisme jurisprudentiel, qui se concrétise par ce que Sylvie Saroléa a qualifié d'« osmose » des principes généraux régulant l'interprétation des différents régimes de regroupement familial<sup>46</sup>. Cette intervention jurisprudentielle permet de quelque peu atténuer la complexité de la législation relative au regroupement familial, laquelle repose sur pas moins de trois régimes distincts<sup>47</sup>.

Par exemple, dans l'arrêt *K.A. et autres*, la CJUE a jugé que les interdictions d'entrées que les Etats membres peuvent imposer en application de la directive retour pour sanctionner un défaut de coopération à la procédure de retour ou encore un comportement menaçant l'ordre public, ne peuvent pas mener à un rejet automatique d'une demande de regroupement familial ultérieure<sup>48</sup>. Un examen individualisé demeure nécessaire, afin de s'assurer qu'un rejet de la demande pour ce motif ne constitue pas d'atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale. La Cour EDH a adopté une approche similaire dans l'arrêt *Makdoudi c. Belgique*<sup>49</sup>. Elle y condamne l'absence d'évaluation de la proportionnalité de l'atteinte à la vie familiale du requérant résultant d'une mesure d'expulsion adoptée suite au rejet de sa demande de regroupement familial, déclarée irrecevable au motif que le requérant faisait l'objet d'une interdiction d'entrée en raison de diverses condamnations pénales antérieures<sup>50</sup>. Cette exigence devrait donc, également, être appliquée par les juridictions belges dans des affaires relatives au regroupement familial avec un citoyen belge dit « statique », n'ayant pas exercé sa liberté de circulation et ne relevant pas du champ d'application du droit de l'Union<sup>51</sup>.

L'exigence d'un examen individualisé ressort également de la jurisprudence de la CJUE relativement à l'absence de documents officiels permettant d'attester de la réalité de la vie familiale. Dans l'arrêt *E.*, la Cour a jugé que l'absence de pareils documents ne dispense pas les autorités de réaliser « une appréciation individualisée qui prenne en compte tous les éléments pertinents du cas d'espèce et qui prête, le cas échéant, une attention particulière aux

---

<sup>45</sup> L. LEBOEUF et S. SAROLEA, « L'invocation du droit de l'Union européenne devant le Conseil du contentieux des étrangers » in N. CARIAT et J. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge / Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 337. Voy. aussi, dans le même sens, M. MAES et A. WIJNANTS, « Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: een nieuwe speler in het vreemdelingenrecht (Deel 1) », *T. Vreemd.*, 2016, p. 22. Cette position du C.C.E. est conforme à l'injonction de la Cour constitutionnelle (C.C., 26 septembre 2013, n° 121/2013, cons. B.55.2). Sur les situations purement internes, voy. J.-Y. CARLIER, « Article 45. Liberté de circulation et de séjour » in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 1099.

<sup>46</sup> L. LEBOEUF et S. SAROLEA, *op. cit.*, p. 337.

<sup>47</sup> Membres de la famille de citoyens européens (article 40bis de la loi du 15 décembre 1980), de citoyens belges n'ayant pas exercé leur liberté de circulation lorsque l'essentiel de leurs droits au sens de la jurisprudence *Zambrano* ne sont pas en cause (article 40ter de la loi du 15 décembre 1980) et de ressortissants de pays tiers autorisés au séjour en Belgique (art. 10 et s. de la loi du 15 décembre 1980). Sur cette complexité et les difficultés qu'elle génère en pratique, pour les acteurs de terrain, voy. S. DAWOUD, « Gezinshereniging in België: kan men het bos nog door de bomen zien? », *T. Vreemd.*, 2014, p. 286.

<sup>48</sup> C.J.U.E., 8 mai 2018, *K.A. et autres*, aff. C-82/16, EU:C:2018:308, §57, obs. J.-Y. CARLIER et L. LEBOEUF, « Droit européen des migrations », *J.D.E.*, 2019, p. 128, n° 45 ; K. WILLEKENS, « *Zambrano* en daar voorbij : een geldig en definitief inreisverbod ontleent een derdelander niet zonder meer de kans op gezinshereniging », *T.B.P.*, 2018, p. 491. L'affaire concerne le regroupement familial avec un citoyen belge dit « statique », n'ayant pas exercé sa liberté de circulation, mais se prévalant de l'article 20 TFUE sur le fondement de la jurisprudence *Zambrano*. Sur la jurisprudence du C.C.E., voy. G. AUSSEMS, « Le droit des Belges à vivre en famille face au mécanisme d'interdiction d'entrée », *R.D.E.*, 2016, p. 5.

<sup>49</sup> C.E.D.H., 18 février 2020, *Makdoudi c. Belgique*, req. n° 12848.

<sup>50</sup> *Ibid.*, §§31 et 97.

<sup>51</sup> En ce sens, voy. aussi I. FONTIGNIE, « L'interdiction d'entrée : questions d'actualité », *R.D.E.*, 2019, p. 123.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

intérêts des enfants concernés et au souci de favoriser la vie familiale »<sup>52</sup>. De même, la CJUE a jugé à diverses reprises que la réussite d'un test d'intégration que certains Etats membres, mais pas la Belgique, ont décidé d'imposer comme condition préalable à la recevabilité de la demande, doit faire l'objet d'un examen individualisé prenant en considération les circonstances propres à l'espèce, dont l'intensité de la vie familiale en cause<sup>53</sup>.

Les conditions de fond qui peuvent faire obstacle à un examen de la proportionnalité de l'ingérence dans le droit à la vie familiale ont, également, été interprétées de manière à autoriser une certaine prise en considération du droit à la vie familiale. La CJUE a, par exemple, jugé à diverses reprises que les conditions de disposer de revenus stables, réguliers et suffisants, ne peuvent pas être imposées de façon stricte et automatique, en exigeant que le regroupant dispose d'un montant fixe prédéterminé, mais doivent donner lieu à un examen individualisé. Dans l'arrêt *Chakroun*, elle a souligné que « les États membres peuvent indiquer une certaine somme comme montant de référence, mais non en ce sens qu'ils pourraient imposer un montant de revenu minimal au-dessous duquel tout regroupement familial serait refusé, et ce indépendamment d'un examen concret de la situation de chaque demandeur »<sup>54</sup>. La CJUE a, également, jugé que la menace à l'ordre public doit faire l'objet d'un examen individualisé, et ne peut se déduire automatiquement de la seule existence d'une condamnation pénale<sup>55</sup>. Cette jurisprudence rejoint celle de la Cour EDH qui a, par de nombreux arrêts, appelé à une mise en balance des intérêts lorsqu'il s'agit d'une menace à l'ordre public, en la confrontant à l'intensité de la vie familiale en cause et, notamment, l'intérêt supérieur des enfants concernés<sup>56</sup>.

Cette exigence d'un examen individualisé résulte elle-même de l'architecture constitutionnelle de l'Union et de la volonté du législateur européen. D'une part, le droit à la vie familiale est consacré par l'article 7 de la Charte, que les Etats membres doivent respecter dans la mise en œuvre du droit de l'Union, en ce compris les dispositions relatives au regroupement familial. D'autre part, les directives pertinentes exigent explicitement que leur mise en œuvre soit réalisée en prenant le droit à la vie familiale en considération<sup>57</sup>. En insistant, de façon constante, sur la nécessité d'opérer un examen individualisé en fonction de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la jurisprudence permet d'intégrer une relative souplesse dans l'application concrète des conditions limitant le regroupement familial, d'une manière qui permette de l'appliquer en prenant en considération l'intensité de la vie familiale concernée.

---

<sup>52</sup> C.J.U.E., 13 mars 2019, *E.*, aff. C-635/17, EU:C:2019:192, §59, relativement au regroupement familial avec un bénéficiaire de la protection internationale.

<sup>53</sup> C.J.U.E., 9 juillet 2015, *K. et A.*, aff. C-153/14, EU:C:2015:453, obs. S. GANTY, « Les tests d'intégration civique sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne : un exercice d'équilibriste périlleux entre marge d'appréciation des Etats membres et protection des ressortissants de pays tiers », *J.E.D.H.*, 2016, p. 32 ; D. THYM, « Towards a contextual conception of social integration in EU immigration law. Comments on *P and S and K and A* », *E.J.M.L.*, 2016, p. 89.

<sup>54</sup> C.J.U.E., 4 mars 2010, *Chakroun*, aff. C-578/08, EU:C:2010:117, §48 ; voy. aussi, dans le même sens, C.J.U.E., 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jointes C-356/11 et C-357/11 ; C.J.U.E., 21 avril 2016, *Khachab*, aff. C-558/14, EU:C:2016:285. Sur l'évaluation concrète de cette condition et la question de déterminer si ces moyens de subsistance doivent être personnels au regroupant, voy. C.C., 24 octobre 2019, n° 19/410, obs. J. HARDY, « Regroupement familial : des moyens de subsistance 'exclusivement personnels' ? », *J.L.M.B.*, 2019, p. 1844.

<sup>55</sup> Voy. notamment C.J.U.E., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. C-30/77, EU:C:1977:172, §30 (directive 2004/38) et C.J.U.E., 12 décembre 2019, *G.S. et V.G.*, aff. jointes C-381/18 et C-382/18, EU:C:2019:1072 (directive 2003/86).

<sup>56</sup> Voy. les « principes directeurs Üner » (C.E.D.H., 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, req. n° 46410/99).

<sup>57</sup> Article 17 de la directive 2003/86/CE ; article 28 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *J.O.*, n° L 158, 30 avril 2004, p. 77.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

A l'inverse, la circonstance que le droit à la vie familiale est invoqué dans des affaires migratoires peut également peser dans le test de proportionnalité. Dans l'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*, objet d'une précédente observation dans cet ouvrage, la Cour EDH rappelle que « il importe également de tenir compte du point de savoir si la vie familiale a débuté à un moment où les individus concernés savaient que la situation de l'un d'entre eux au regard des lois sur l'immigration était telle que cela conférerait d'emblée un caractère précaire à la poursuite de cette vie familiale dans l'État d'accueil »<sup>58</sup>. La circonstance que la vie familiale, et plus particulièrement une relation entre conjoints, est née alors que l'un d'entre eux était en séjour irrégulier, est un élément de nature à influencer le test de proportionnalité, qui se réalise de manière holistique, en fonction de l'ensemble des circonstances propres à la cause. De même, dans l'arrêt *Rodrigues Da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas* relatif à des circonstances similaires, la Cour EDH a jugé que « les personnes qui, sans se conformer aux règlements en vigueur, mettent par leur présence sur le territoire d'un Etat contractant les autorités de ce pays devant un fait accompli, ne peuvent d'une manière générale invoquer une espérance légitime qu'un droit de séjour leur sera accordé »<sup>59</sup>.

En outre, dans l'arrêt *Berisha c. Suisse*, la Cour EDH a rappelé que l'intensité des liens avec le pays d'origine est un élément à prendre en considération, lorsqu'il s'agit d'évaluer si le regroupement familial d'un parent avec ses enfants est bien dans l'intérêt supérieur des derniers<sup>60</sup>. Elle a jugé, en l'espèce, que les enfants disposaient de liens suffisamment forts avec leur pays d'origine, le Kosovo, pour que le refus de leur accorder un titre de séjour en Suisse ne viole pas l'article 8 C.E.D.H. Le Conseil du contentieux des étrangers applique, quant à lui, cette jurisprudence en opérant une distinction entre les affaires relatives au retrait d'un titre de séjour, et celles concernant l'acquisition d'un nouveau titre de séjour. Il estime, par une jurisprudence constante, que les premières concernent une obligation négative de portée plus étendue que les secondes, où c'est l'obligation positive des Etats membres de procéder à un regroupement familial qui est en cause<sup>61</sup>.

Ce double mouvement jurisprudentiel, entre exigence d'un examen individuel s'opposant au rejet automatique d'une demande de regroupement familial et prise en considération du contexte migratoire pour évaluer la proportionnalité de l'ingérence au droit à la vie familiale, permet d'éviter une discordance trop grande entre le droit à la vie familiale et la législation relative au regroupement familial. Mais il ne la supprime pas dans son intégralité. Il se peut encore que divers étrangers ne puissent pas légalement prétendre au regroupement familial, quand bien même leur éloignement constituerait en violation du droit à la vie familiale. L'exigence d'un examen individuel atténuée en majeure partie, mais n'annihile pas, les diverses

---

<sup>58</sup> C.E.D.H., 4 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n° 12738/10, §108, obs. E. MERCKX, « Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na arrest-Jeunesse », *T. Vreemd.*, 2015, p. 258.

<sup>59</sup> C.E.D.H., 31 janvier 2006, *Rodrigues Da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, req. n° 50435/99, §43.

<sup>60</sup> Voy. aussi la décision d'irrecevabilité dans l'affaire *I.A.A. et autres c. Royaume-Uni*, où la Cour souligne que « while the Court has held that the best interests of the child is a "paramount" consideration, it cannot be a "trump card" which requires the admission of all children who would be better off living in a Contracting State » (C.E.D.H., irr., 8 mars 2016, *I.A.A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 25960/13, §46 ; S. SAROLEA et J. HARDY, « Le regroupement familial : la jurisprudence belge au croisement des sources internes et européennes » in B. RENAULD, dir., *Questions actuelles en droit des étrangers*, Nimal, Anthémis, 2016, p. 8). Dans d'autres affaires, la Cour a conclu que les liens avec le pays d'accueil étaient plus intenses que ceux avec le pays d'origine, de sorte que le droit à la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant impliquent de procéder à un regroupement, voy. C.E.D.H., 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*, req. n° 31465/96 et C.E.D.H., 1er décembre 2005, *Tuquabo-Tekle c. Pays-Bas*, req. n° 60665/00.

<sup>61</sup> C.C.E. (AG), 17 février 2011, n° 56.204, §4.3.2.2.2.2. ; C.C.E. (3 juges), 23 février 2016, n° 162.629 ; C.C.E., 27 février 2020, n° 233.220.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

conditions légales au regroupement familial, comme celle de disposer de moyens de subsistance suffisants. Il est aussi inopérant sur d'autres obstacles qui peuvent survenir, comme des obstacles pratiques liés à l'introduction de la demande, ou encore la limitation de la définition de la famille à celle dite « nucléaire ». Cela pose la question du statut de ces étrangers non bénéficiaires du regroupement familial, mais ne pouvant pas être éloignés sans violer le droit à la vie familiale. Les solutions envisagées par le législateur belge sont présentées ci-après.

### ***B. La gestion législative de l'interface entre le droit à la vie familiale et le regroupement familial***

En Belgique, tout étranger en séjour irrégulier peut solliciter une autorisation au séjour pour circonstances exceptionnelles sur le fondement de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980, aussi couramment qualifié en pratique de « procédure de régularisation ». Les circonstances exceptionnelles ne font pas l'objet d'une définition précise dans la loi, et leur appréciation relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire des autorités<sup>62</sup>. Cela permet d'introduire une certaine souplesse dans la législation relative au séjour, qui autorise une prise en considération de l'existence d'une vie familiale en Belgique, indépendamment du respect des conditions complémentaires pour bénéficier d'un regroupement familial. L'article 9bis est donc de nature à adresser, au moins en partie, ces situations caractérisées par une discordance entre le droit à la vie familiale et le regroupement familial, où le premier s'oppose à l'expulsion de l'étranger alors même que les conditions du second ne sont pas remplies.

Pour autant, l'article 9bis n'a pas pour effet de combler totalement l'interface entre la législation relative à l'accès au séjour et le droit à la vie familiale. La décision au fond relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire des autorités, qui peuvent être amenées à considérer que les spécificités du cas d'espèce ne justifient pas la délivrance d'un titre de séjour pour circonstances exceptionnelles, malgré la vie familiale en cause. Cette hypothèse est susceptible de se présenter, en particulier, lorsque l'obstacle à l'éloignement résultant de la vie familiale n'est que temporaire. La loi du 15 décembre 1980 prévoit alors que le délai de départ volontaire fixé par l'ordre de quitter le territoire puisse être prorogé. Tout ordre de quitter le territoire prévoit un délai permettant à l'étranger de l'exécuter volontairement. Ce délai est de 30 jours en principe, mais peut varier selon les circonstances dans lesquelles l'ordre de quitter le territoire est délivré et, notamment, du degré de coopération de l'étranger concerné. Il peut être prorogé « afin de tenir compte des circonstances propres à sa situation, comme la durée de séjour, l'existence d'enfants scolarisés, la finalisation de l'organisation du départ volontaire et d'autres liens familiaux et sociaux »<sup>63</sup>.

Cette solution n'est, toutefois, pas complète. L'étranger concerné demeure en séjour irrégulier et ne se voit pas délivrer un titre de séjour, même précaire, qui lui octroyerait le bénéfice de divers droits. En pratique, une solution au cas par cas est trouvée par les acteurs de terrain, sur le fondement de la législation relative à l'assistance sociale et du droit à la dignité humaine et après intervention, le cas échéant, des juridictions du travail<sup>64</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'en

---

<sup>62</sup> En l'occurrence, le Secrétaire d'Etat à l'asile et à l'immigration.

<sup>63</sup> Art. 74/14 de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>64</sup> Art. 23 de la Constitution et art. 1er de la loi organique des centres publics d'action sociale du 8 juillet 1976, *M.B.*, 5 août 1976. Le droit à l'aide médicale urgente est, de plus, garanti à toute personne indépendamment de la régularité de son séjour (art. 57, §2, de la loi du 8 juillet 1976 ; voy. aussi l'article 14 de la directive retour). Sur le contrôle opéré par les juridictions du travail, analysé d'un point de vue empirique, voy. S. ANDREETTA, « Un anthropologue au tribunal. Les émotions, les pièces et la loi devant le juge de l'aide sociale », *R.D.E.*, 2019, p. 327.

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

pratique, une grande incertitude caractérise la situation de l'étranger concerné. Pareille incertitude peut être qualifiée de « limbes juridiques » (« *legal limbo* »), concept couramment employé dans la littérature empirique pour décrire l'expérience des migrants dont la situation administrative est règlementée de façon temporaire et confuse, voire incomplète, par le cadre juridique<sup>65</sup>. Le terme a, également, été repris par la DG Affaires intérieures et migration de la Commission européenne afin de définir plus précisément ces situations où un migrant est en séjour irrégulier sur le territoire européen, et fait donc l'objet d'une décision de retour, mais ne peut pas être en être expulsé en raison d'obstacles juridiques et/ou pratiques<sup>66</sup>. Ces situations sont abordées dans la section suivante, en ce qu'elles permettent de révéler les relations entre les droits fondamentaux et la législation relative au séjour en Belgique.

### *C. D'inévitables « limbes juridiques » ?*

Les « limbes juridiques » pouvant survenir en raison d'une discordance entre la législation relative au séjour et les droits fondamentaux ne sont pas propres aux affaires impliquant le droit à la vie familiale. Elles apparaissent également dans d'autres hypothèses, notamment celles où le principe de non-refoulement et l'article 3 C.E.D.H. sont en cause<sup>67</sup>. Ces dernières hypothèses sont, d'ailleurs, davantage susceptibles de se présenter en pratique, en raison du caractère absolu de l'article 3 C.E.D.H. qui n'offre pas la même souplesse d'interprétation que l'article 8 C.E.D.H., dont la proportionnalité des ingérences s'évalue en prenant également en considération l'objectif de contrôle des frontières, ainsi que cela a été démontré ci-avant.

L'existence de pareilles « limbes juridiques » est, en réalité, inhérente aux relations entre les droits fondamentaux et la législation relative au séjour. Ces deux corps de normes obéissent à des logiques d'interprétation et de mise en œuvre différentes. Le respect des droits fondamentaux est contrôlé par divers acteurs agissant à des niveaux multiples, chacun au sein de leur propre ordre juridique gouverné par leur propre texte de référence, dont la Cour E.D.H. qui réalise un examen hautement casuistique dépendant de l'ensemble des circonstances de l'espèce et susceptible d'évoluer en fonction des réalités sociales. A l'inverse, les conditions d'accès au séjour sont fixées par une loi présentant un degré plus élevé de précision, qui laisse une marge d'appréciation plus limitée aux acteurs chargés de leur application. En outre, elles n'entendent pas réaliser les droits fondamentaux des migrants, mais plutôt contrôler le phénomène migratoire dans le respect des droits fondamentaux. Ces derniers sont donc abordés comme limite à l'action des autorités, plus que comme objectif premier et fondamental de cette action.

Il en résulte nécessairement diverses discordances, que les droits fondamentaux n'entendent pas prévenir en imposant d'autoriser un étranger au séjour lorsque son renvoi les violerait. Il n'existe pas d'obligation générale d'autoriser un étranger au séjour, mais une obligation négative de ne pas procéder à l'éloignement dans certaines situations<sup>68</sup>. Ces discordances sont

---

<sup>65</sup> Voy. notamment H. CABOT, « The Governance of Things: Documenting Limbo in the Greek Asylum Procedure », *PoLAR*, vol. 35, n° 1, p. 11.

<sup>66</sup> Glossaire de la DG Migration et affaires intérieures de la Commission européenne, accessible sur [https://ec.europa.eu/home-affairs/e-library/glossary/legal-limbo\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/e-library/glossary/legal-limbo_en); dernière consultation le 22 avril 2020.

<sup>67</sup> Voy. M. MAES, « De Terugkeerrichtlijn en onverwijderbare vreemdelingen », *T. Vreemd.*, 2011, p. 253.

<sup>68</sup> En ce sens, voy. notamment D. THYM, « Respect for Private and Family Life under art. 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay? », *J.C.L.Q.*, 2008, p. 102 (sous l'angle de l'article 8 C.E.D.H.) et, plus généralement, J.-B. FARCY, « Neither here nor there: the legal exclusion of non-removable migrants » in Q. CORDIER, X. MINY, A. QUINTART et F. VANRYKEL (dir.), *The Strong, the Weak and the Law*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 159. De même, en ce qui concerne l'article 3 C.E.D.H., la Cour E.D.H. affirme par une jurisprudence constante que « ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile » (voy. notamment

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

de nature à générer des « limbes juridiques », qui peuvent être abordées de différentes manières par la législation relative au séjour. Certains Etats membres de l'Union européenne, comme l'Allemagne, ont mis en place un statut temporaire et précaire spécifique pour ces étrangers en séjour irrégulier mais non expulsables. Qualifié de « séjour toléré », il permet de formaliser administrativement le caractère hybride de leur séjour, ni tout à fait régulier ni tout à fait irrégulier<sup>69</sup>. D'autres, comme la Belgique, préfèrent maintenir une distinction stricte entre le séjour régulier, formalisé par un titre de séjour, précaire le cas échéant<sup>70</sup>, et le séjour irrégulier, sanctionné par un ordre de quitter le territoire.

Il s'agit là d'un choix d'opportunité qui repose sur diverses considérations liées au contrôle du phénomène migratoire, comme la volonté de marquer symboliquement une obligation de principe de quitter le territoire indépendamment de la possibilité pour les autorités de contraindre sa mise en œuvre, ou encore au partage institutionnel des compétences entre les administrations en charge de contrôler l'accès au territoire et celles en charge de la protection sociale. Indépendamment du choix posé par le législateur, il nous semble, toutefois, que toute analyse de la législation relative au séjour gagnerait à reconnaître et prendre en considération l'existence d'une zone grise entre le séjour régulier et le séjour irrégulier. Une relative fluidité se cache derrière la distinction se voulant stricte entre le séjour régulier et le séjour irrégulier, particulièrement lorsqu'elle est envisagée dans son application concrète et mise en perspective avec les droits fondamentaux. L'identifier et la reconnaître nous paraît un préalable nécessaire à une meilleure compréhension des relations entre les droits fondamentaux et la législation relative au séjour.

### **Conclusion. Le droit à la vie familiale, révélateur des relations entre la législation relative au séjour et les droits fondamentaux**

Ce chapitre s'est essayé à une clarification des conséquences concrètes du droit à la vie familiale sur l'exécution d'une décision d'éloignement, sur la base d'une analyse des principaux arrêts rendus en la matière. Il a démontré que si le droit à la vie familiale demeure peu discuté à ce stade, contrairement à d'autres droits comme le principe de non-refoulement ou encore l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'en demeure pas moins pertinent. Combinés à ces autres droits et principes, le droit à la vie familiale participe à encadrer l'exécution d'une décision d'éloignement de diverses manières.

D'une part, le droit à la vie familiale limite le recours, par les autorités, à des mesures de coercitions en vue de procéder à un éloignement forcé, comme la privation de liberté. Il a été utilisé par la Cour E.D.H. dans diverses affaires pour condamner la privation de liberté de mineurs étrangers. Dans ces affaires, le droit à la vie familiale supporte la condamnation

---

C.E.D.H., 30 octobre 1991, *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, req. nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, §102 ; C.E.D.H., 13 février 2020, *N.D. et N.T. c. Espagne*, req. nos 8675/15 et 8697/15, §188).

<sup>69</sup> « *Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung* », couramment nommé « *Duldung* ».

<sup>70</sup> Par exemple, les membres de la famille de citoyens belges ou d'autres Etats membres de l'Union, qui sont des ressortissants de pays tiers et dont la demande de regroupement familial est recevable, reçoivent une attestation d'immatriculation (dite « carte orange »), laquelle leur permet de séjourner de façon régulière mais précaire sur le territoire belge, le temps qu'il soit statué sur leur demande (art. 52, §1<sup>er</sup> ; 26, §2 et 26/2, §3, de l'arrêté royal du 8 octobre 1981). Ils reçoivent également un titre de séjour précaire, dit « document spécial de séjour », l'annexe 35, lorsqu'un recours est introduit à l'encontre d'une décision de refus au fond (art. 111 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981). L'étendue de leurs droits fait l'objet de discussions en jurisprudence, la Cour de cassation ayant jugé que « l'étranger à qui ce document a été délivré, bien qu'il ne soit ni admis ni autorisé au séjour, peut demeurer sur le territoire et n'est pas en séjour illégal » (Cass., 26 avril 2017, n° P.17.0375.F, obs. S. SAROLEA, « L'annexe 35 réhabilitée ? », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2017).

A paraître in G. WILLEMS et N. DANDOY (dir.), *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Bruxelles, Larcier.

prononcées sur les articles 3 et 5 C.E.D.H., et participe à justifier l'importation, dans le raisonnement de la Cour, de considérations relative à l'intérêt supérieur des enfants concernés. D'autre part, le droit à la vie familiale peut parfois, dans certains cas exceptionnels, s'opposer à l'éloignement en tant que tel, quand bien même les conditions légales et réglementaires pour bénéficier d'un titre de séjour ne sont pas remplies. Il se peut alors, en pareil cas, que l'étranger se trouve dans une situation dites de « limbes juridiques », ni autorisé au séjour ni expulsable.

Ce faisant, l'analyse menée à la lumière du regroupement familial a permis de révéler comment les droits fondamentaux interagissent de façons complexes et multiples avec la législation relative au séjour. Il y a une absence de correspondance parfaite entre les droits fondamentaux et la loi du 15 décembre 1980, laquelle est inhérente à leurs objectifs et modes de mise en œuvre respectifs. Il en résulte diverses conséquences concrètes, qui conduisent à nuancer la distinction stricte opérée par le droit belge entre le séjour régulier et le séjour irrégulier. La mise en œuvre des droits fondamentaux dans le domaine migratoire est de nature à générer diverses situations intermédiaires, difficilement appréhensibles à l'aide d'une approche analytique fondée exclusivement sur une catégorisation stricte entre le séjour régulier et le séjour irrégulier. Reconnaître cela nous paraît nécessaire à une compréhension des relations entre le droit à la vie familiale et la législation belge relative au séjour, au stade de l'exécution d'une décision d'éloignement.