

La fondamentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le droit d'asile de l'Union européenne

Beata JURIK,

doctorante au Centre d'Etudes Internationales et Européennes (CEIE, EA 7307)

« Vous dites : - C'est épuisant de s'occuper des enfants. Vous avez raison. Vous ajoutez : - Parce que nous devons nous mettre à leur niveau. Nous baisser, nous pencher, nous courber, nous rapetisser. Là vous vous trompez. Ce n'est pas tant cela qui fatigue le plus, que le fait d'être obligé de nous élever jusqu'à la hauteur de leurs sentiments. De nous élever, nous étirer, nous mettre sur la pointe des pieds, nous tendre. Pour ne pas les blesser. »

Janusz Korczak

Les enfants migrants constituent une catégorie de personnes doublement voire triplement vulnérable : d'abord, parce qu'il s'agit des personnes en devenir, ou des « petits d'hommes » méritant une attention particulière et dépendant de leurs parents. Ensuite, parce que le périlleux voyage pour rejoindre l'Europe expose les enfants à tous les risques¹, ce qui aggrave encore davantage leur vulnérabilité. Enfin, les enfants les plus vulnérables sont sans doute ceux qui voyagent seuls, soit parce que leurs parents les ont envoyés chercher l'avenir meilleur, soit parce qu'ils ont été séparés de leurs parents en cours de route.

Si les compétences de l'Union à légiférer en matière de droits de l'enfant sont relativement limitées², c'est par le biais de la politique d'asile et de migration commune que les dispositions relatives à l'enfant migrants ont été adoptées. En effet, l'article 67 paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) énonce que « *l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux (...)* ». Le paragraphe suivant du même article fonde la compétence de l'Union en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures de l'Union. L'objectif de l'Union est donc de sécuriser l'espace commun de libre circulation.

¹ Rapport « Des dangers à chaque pas : le périlleux voyage vers l'Europe des enfants migrants et réfugiés », UNICEF, juin 2016 disponible sur :

https://www.unicef.org/french/media/files/UNICEF_CHILD_ALERT_Refugee_Journey_FR_16.06.16.pdf.

² S. MORIN, L'Union européenne et les droits de l'enfant, *Journal du droit des jeunes*, 2013/2 (N°322), p.3.

³ Pour le besoin de cet article, l'expression « enfant migrant » a été choisie pour faire référence à toutes les catégories d'enfants « étrangers » c'est-à-dire non-citoyens de l'Union, qui entrent et résident sur le territoire de l'Union afin d'y rechercher une forme de protection internationale.

Aujourd'hui, ces dispositions régissent toute une série de situations de l'enfant, telles que l'entrée et le séjour⁴, le regroupement familial et la situation des enfants séparés ou non-accompagnés⁵, le placement d'enfants en détention⁶ ou encore le retour⁷.

Dans les instruments mis en place par l'Union, le législateur doit tenir compte de la vulnérabilité de cette catégorie particulière de migrants. Même si les droits fondamentaux s'appliquent bien évidemment aux enfants, ces derniers ont également des besoins spécifiques. Sans revenir sur le débat relatif à l'appartenance ou non des droits de l'enfant à la catégorie des droits fondamentaux, il semble évident que les droits de l'enfant doivent être considérés comme fondamentaux⁸. Parmi ces droits garantis par les textes internationaux, notamment par la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989⁹ (ci-après « la CIDE »), ou encore par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte »), une disposition mérite une attention particulière.

L'intérêt supérieur de l'enfant, ce principe que le Doyen Carbonnier avait qualifié de « *notion magique* »¹⁰ ou Verdier d'un « *instrument de pouvoir dans les mains du juge* »¹¹. Cet « objet flottant non identifié »¹² puisqu'il n'existe pas de définition exacte de ce que l'on entend par « l'intérêt de l'enfant » ou « de l'intérêt supérieur de l'enfant », ne fait pas l'unanimité. Certains lui reprochent en effet ce manque de clarté, le danger qu'il représente puisqu'il permet de justifier des pratiques diverses et variées. D'autres font de ce manque de définition un atout : l'intérêt de l'enfant permet une prise en compte particulière de la situation de chaque enfant, une adaptation temporelle ou socioculturelle. S'il n'existe pas un consensus sur la définition et le contenu du principe, il est intéressant de noter qu'en réalité les francophones et les anglophones n'emploient même pas le même terme : dans sa version anglaise, il ne s'agit pas

⁴ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013, p. 96–116 ; 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, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98–107 ; Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013, p. 60–95 ; Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59.

⁵ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251 du 3.10.2003, p. 12–18 ; Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337 du 20.12.2011, p. 9–26 ; Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013, p. 96–116.

⁶ Article 11 de la Directive sur les conditions d'accueil (2013/33/CE) préc., Article 17 de la Directive « retour » (2008/115/CE) préc.

⁷ 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, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98–107.

⁸ Les droits ayant une grande importance.

⁹ Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, signée à New York.

¹⁰ J. CARBONNIER, *Dalloz périodique*, 1960, p.675.

¹¹ P. VERDIER, « *Les dérives de l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant* » DEI Assemblée nationale, 20 nov 2010.

¹² S. GRAILLAT, « Décliner le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'aide d'obligations procédurales. Les propositions de DEI-France », *J.D.J. fr.*, n° 303, mars 2011, p. 19.

d'un « superior interest » mais de « best interest » voire parfois de « best interests » c'est-à-dire du/des « meilleur(s) intérêt(s) ».

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est consacré par l'article 24§2 de la Charte, qui reprend la plus fameuse formule de la CIDE en lui faisant peau neuve : « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Tout comme la Convention de New York, la Charte ne définit pas le principe. Certains estiment que la Charte retient une conception plus limitée du principe, la cantonnant aux seuls actes et non pas aux décisions, englobant davantage de situations. D'autres se réjouissent du fait que parmi les « institutions privées » on compte également la famille, et ils en déduisent une extension considérable du champ d'application du principe en droit de la famille¹³.

La Charte, qui est, grâce au traité de Lisbonne, dotée de la même valeur juridique que les traités, a permis à l'Union de franchir un pas important dans la reconnaissance et la mise en œuvre des droits de l'enfant dans l'Union européenne¹⁴. Pourtant, elle ne constitue pas la seule source d'interprétation pour la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « La Cour de justice »). La Cour n'hésite pas à faire des références non seulement à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de son homologue strasbourgeois, mais elle évoque depuis l'arrêt *Dynamic Medien*¹⁵ également la Convention de New York.

Si la Charte a consacré la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁶, il n'en demeure pas moins que l'application du principe suscite des questionnements.

Afin de pouvoir conclure à la « fondamentalité » d'un droit, il faut, selon Ludovic Benezech¹⁷, que trois critères principaux soient réunis. D'abord, il faut examiner ce qu'il appelle « la densité de la protection », autrement dit le droit en question doit être consacré au plus haut niveau de la pyramide des normes. Concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, ce premier critère ne pose aucun souci puisqu'il est, comme mentionné précédemment, consacré non seulement par le droit primaire de l'Union, mais encore par d'autres textes internationaux. Ce premier critère est également complété par un critère subsidiaire : celui de la textualité, c'est-à-dire de la présence du droit dans les différents textes (Partie I). Ensuite, l'effectivité du droit doit être démontrée : à ce titre il faut se demander si le droit est effectif, concret et réellement assuré. Enfin, quelle est la finalité du droit ? A-t-il pour objet de garantir directement ou indirectement les prérogatives à l'individu ? (Partie 2).

¹³ A.C. RASSON, L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? In *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, Collection du centre des droits de l'homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2016, p.335-353.

¹⁴ H. STALFORD ET M. SCHURMAN, « Are We There yet?: the Impact of the Lisbon Treaty on the EU Children's Rights Agenda », *Int'l J. Child. Rts.*, vol. 19, no 3, 2011, pp. 381-403.

¹⁵ CJUE, arrêt du 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides Media AG*, aff. C-244/06 ECLI:EU:C:2008:85.

¹⁶ F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne Commentaire article par article, Bruylant, 2^e édition, 02/2020.

¹⁷ L. BENEZECH, *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme. Contribution à l'étude de la fondamentalisation des droits*, thèse sous la direction de Anne-Blandine Caire et de Charles-André Dubreuil, Université de Clermont Auvergne, soutenue le 17/09/2019.

L'intérêt supérieur de l'enfant semble être omniprésent dans les textes du plus haut niveau de la pyramide des normes de l'Union ainsi que dans le droit dérivé. Néanmoins un doute sur sa fundamentalité est possible lorsqu'on examine son effectivité.

I. L'omniprésence de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'asile et de migration

S'il n'y a pas de définition exacte de ce que l'on entend par l'intérêt supérieur de l'enfant, il est cependant clair qu'il s'agit d'un principe tricéphale. C'est d'abord un droit de fond : le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts seront examinés en vue d'aboutir à une décision le concernant. C'est ensuite un principe juridique interprétatif, une sorte de guide (A). Ensuite, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une règle procédurale (B).

A. L'ubiquité de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que principe interprétatif

Si l'on reprend le raisonnement employé par le Comité des droits de l'enfant¹⁸, le principe d'intérêt supérieur de l'enfant sert de « super-droit¹⁹ ». En effet, il s'agit d'un principe phare que chaque autorité doit avoir à l'esprit lors de l'interprétation des autres droits et des principes. Si une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations, il convient de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans la plupart des textes en matière d'asile, on retrouve l'intérêt de l'enfant d'abord dans les considérants, où il est clairement désigné comme un principe interprétatif.

Il est par exemple mentionné dans le considérant 9 de la Directive « accueil »²⁰ ou encore dans le considérant 22 de la directive « retour »²¹. Selon le premier texte, « *les Etats membres devraient veiller à ce que les principes de l'intérêt supérieur et de l'unité de la famille soient pleinement respectés* ». Le premier texte place à égalité les deux droits qui peuvent parfois se révéler contradictoires, le principe de l'intérêt supérieur et l'unité de la famille. Le second texte semble au contraire accorder plus d'importance à l'intérêt supérieur de l'enfant qui « *devrait constituer une considération primordiale pour les Etats membres* ». Mais l'alinéa suivant énonce que le principe de respect de la vie familiale devrait être respecté lui aussi.

L'utilisation du conditionnel peut être reprochée au législateur de l'Union : au lieu d'affirmer, de manière prudente que l'intérêt supérieur de l'enfant « *devrait être une*

¹⁸ 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.

¹⁹ Conseil de l'Europe, *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*. Conseil de l'Europe, 2017, p.26.

²⁰ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29.6.2013, p. 96–116.

²¹ 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, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98–107.

considération primordiale », le législateur ne ferait-il pas mieux d'utiliser l'impératif ou le présent comme c'est le cas dans la Charte et également dans l'article 3 de la CIDE ?

Le législateur est en revanche plus affirmatif dans les différents articles des textes du droit dérivé. Par exemple, dans l'article 23 de la directive 2013/33 sur les conditions d'accueil, il annonce que « *l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale pour les États membres lors de la transposition des dispositions de la présente directive relatives aux mineurs. Les États membres garantissent un niveau de vie adéquat pour le développement physique, mental, spirituel, moral et social du mineur* ».

Les autorités nationales doivent donc obligatoirement prendre en considération l'intérêt de l'enfant lors de la mise en œuvre de différents textes en matière d'asile et de migration et interpréter les autres droits en respectant l'intérêt supérieur de l'enfant. En revanche, le principe est également omniprésent dans les textes en tant que règle procédurale dont l'importance ne peut pas être remise en cause.

B. L'importance du principe de l'intérêt supérieur en tant que règle procédurale

Quand une décision qui aura des incidences sur un enfant migrant ou même un groupe d'enfants doit être prise, le processus décisionnel doit comporter une évaluation de ces incidences sur l'enfant. Puisque l'intérêt supérieur n'est pas défini de manière claire, son évaluation et la détermination de ce qu'il impose dans la situation donnée requiert des garanties procédurales. Ainsi, la justification de chaque décision doit montrer que ce principe a été expressément pris en considération.

Concernant par exemple la rétention, l'article 11 de la directive 2013/33 sur les conditions d'accueil considère le placement en rétention comme une mesure de dernier ressort qui ne doit pas porter atteinte à l'intérêt supérieur.

Toutes les directives proposent par ailleurs les mêmes éléments d'évaluation concrets de l'intérêt supérieur de l'enfant²². Il est également intéressant de noter que selon ces textes, l'intérêt de l'enfant doit être régulièrement réévalué. De même, cette évaluation n'est pas strictement réservée à un seul Etat : au contraire, elle suppose une véritable coopération entre les Etats membres.

Parfois, ce principe fait aussi également naître d'autres garanties procédurales. Autrement dit, non seulement qu'il joue, en tant que tel, le rôle de garant, c'est conformément au principe de l'intérêt supérieur que d'autres droits naissent. L'exemple de mettre en place des représentants pour les mineurs non accompagnés, afin de les assister dans les procédures et démarches relatives à leur demande de protection²³ ou dans le cadre de la procédure « Dublin » est particulièrement significatif. Les textes vont même plus loin que de simplement prévoir la

²² Les facteurs qu'on retrouve dans tous les textes sont les suivants : les possibilités de regroupement familial, le bien-être et le développement social du mineur, en accordant une attention particulière à la situation personnelle du mineur, les considérations tenant à la sûreté et à la sécurité, en particulier lorsque le mineur est susceptible d'être une victime de la traite des êtres humains, l'avis du mineur, en fonction de son âge et de sa maturité.

²³ Article 6 Garanties des mineurs, Règlement (UE) n ° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59.

mise en place d'un représentant puisqu'il en est de l'intérêt supérieur. Ces représentants doivent être formés à la bonne prise en compte du principe²⁴.

En plus des garanties procédurales qui permettent une prise de décision conformément à l'intérêt supérieur, il y a aussi des garanties qu'on peut qualifier de post-décisionnaires : par exemple l'article 10 relatif au retour et éloignement des mineurs non accompagnés dispose que « *avant d'éloigner du territoire d'un État membre un mineur non accompagné, les autorités de cet État membre s'assurent qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour.* » Cette attention accordée à la prise en charge du mineur après son retour relève bien évidemment de son intérêt supérieur. Puisque les autorités sont censées s'assurer que celui-ci soit respecté dans tout acte concernant le mineur, elles ne peuvent pas faire abstraction de la situation postérieure à la décision.

Si l'intérêt supérieur de l'enfant est effectivement omniprésent dans les textes relatifs à l'asile et la migration et joue pleinement le double rôle que les textes lui assignent, cette seule présence ne permet pas de conclure à sa fundamentalité. Le manque de définition du principe nuit également à l'effectivité du droit, dont la Cour de justice a dû préciser les contours.

II. L'intérêt supérieur de l'enfant en droit d'asile : une norme fondamentale en droit d'asile de l'Union

Faute de définition claire et précise, c'est la Cour de justice qui est venue préciser ce qu'elle entendait par l'intérêt supérieur de l'enfant (A). Pourtant, ces contours restent flous, au point que le doute surgit sur l'effectivité du principe (B). En effet, la Cour de justice ne tire pas toujours toutes les conséquences du potentiel de cette « formule magique »²⁵.

A. Des contours de l'intérêt supérieur de l'enfant gribouillés par la Cour de justice

La CJUE a développé une approche propre de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui se distingue de celle de son homologue strasbourgeoise²⁶. La Cour, dans le souci d'assurer l'effectivité de ses propres instruments législatifs, qui contiennent l'exigence de respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, varie dans son approche. Tantôt elle mentionne purement et simplement ce droit d'importance primordiale, tantôt elle procède à un contrôle minutieux du respect des garanties qui l'entourent par les Etats membres.

La Cour de justice a à plusieurs reprises rappelé que, le principe d'intérêt supérieur de l'enfant constituait non seulement une considération primordiale²⁷ mais encore qu'il s'agissait d'un véritable « droit fondamental »²⁸. L'arrêt *M.A.*, relatif à l'interprétation du règlement

²⁴ Article 6, Garanties en faveur des mineurs, Règlement « Dublin III » *préc.*

²⁵ S. GRAILLAT, « Décliner le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'aide d'obligations procédurales. Les propositions de DEI-France », *op. cit.*, p. 17.

²⁶ Ceci s'explique par le fait que leurs rôles respectifs ne sont pas les mêmes. La Cour de justice interprète le droit de l'Union alors que la Cour EDH statue sur des litiges opposant les particuliers aux Etats.

²⁷ CJUE, arrêt du 6 juin 2013, *MA, BT, DA contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-648/11, ECLI:EU:C:2013:367, §54-57.

²⁸ *Ibid.*, §58.

Dublin II²⁹ a par exemple inspiré le législateur pour réformer le règlement Dublin. En effet, après avoir examiné la situation de manière très concrète et circonstanciée, la Cour s'est clairement appuyée sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pour dire que l'Etat responsable de la demande du mineur n'est pas forcément le premier Etat où le mineur l'a déposé. Comme précise la Cour, il est « *dans l'intérêt des mineurs non accompagnés (...) de ne pas prolonger inutilement la procédure de détermination de l'État membre responsable, mais de leur assurer un accès rapide aux procédures de détermination de la qualité de réfugié* ». Le législateur en a tiré une leçon, en intégrant cette possibilité de sortir du principe de Dublin aux mineurs, puisque c'est dans leur intérêt supérieur.

D'autre part, la Cour rappelle souvent que les Etats doivent procéder à un examen des besoins spéciaux découlant de la vulnérabilité. Concernant par exemple la directive « accueil³⁰ » et plus précisément l'octroi des allocations financières couvrant les conditions matérielles d'accueil, la Cour a énoncé que les États membres étaient tenus de prendre en compte la situation des personnes ayant des besoins particuliers ainsi que les principes de l'unité familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant.³¹

En matière de regroupement familial, la Cour oblige les Etats à traiter chaque demande de regroupement familial individuellement³² et éventuellement y faire droit en raison d'un aspect spécifique malgré le fait que les dérogations autorisées par la directive pourraient trouver à s'appliquer. Selon la Cour les autorités compétentes, lors de la mise en œuvre de la directive 2003/86 et de l'examen des demandes de regroupement familial, doivent procéder, notamment, à 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 intérêts des enfants concernés et au souci de favoriser la vie familiale³³. Des circonstances telles que l'âge des enfants concernés, leur situation dans leur pays d'origine et leur degré de dépendance par rapport à des parents sont susceptibles d'influer sur l'étendue et l'intensité de l'examen requis. Par la suite, la CJUE va procéder à un examen très concret des faits de l'espèce, alors que cet examen doit normalement être effectué par le juge national. Elle va vérifier si à chaque stade de procédure les autorités avaient dûment pris en compte l'intérêt de l'enfant.

La CJUE a donc une approche très substantielle et individualisée puisque l'intérêt supérieur figure dans les divers instruments dont elle se sert. Afin de garantir l'effectivité de ceux-ci elle doit manier avec habileté ce principe d'importance fondamentale.

B. De l'(in)effectivité du principe en droit d'asile de l'Union

Si l'omniprésence de l'intérêt supérieur de l'enfant ne fait aucun doute, en revanche son effectivité peut être remise en cause. Le droit dérivé ainsi que la jurisprudence de la Cour prouvent que l'intérêt supérieur est certes une norme fondamentale, en ce sens qu'elle est

²⁹ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25.2.2003, p. 1–10

³⁰ *préc.*

³¹ CJUE, arrêt du 27 février 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers contre Selver Saciri*, aff. C-79/13, ECLI:EU:C:2014:103, §40.

³² CJUE, arrêt du 9 juillet 2015, *K et A*, aff. C-153/14, EU:C:2015:453, §60, ainsi que du 21 avril 2016, *Khachab*, aff. C-558/14, ECLI :EU:C:2016:285, §43.

³³ CJUE, arrêt du 13 mars 2019, *E. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192, §59.

désormais inscrite dans le marbre des traités et très présente dans le droit dérivé. En revanche il ne s'agit pas (encore) d'une supra-norme qui s'imposerait en toute circonstance lorsque notamment deux droits d'égale importance seraient en conflit. Tel est le cas par exemple en matière de rétention : l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose par définition à toute forme d'enfermement du mineur. En effet, aucune privation de liberté de l'enfant ne peut être conforme à son bien-être ou à son bon développement. Cependant, le droit de l'Union permet la rétention du mineur à certaines conditions : il doit notamment s'agir d'une mesure de dernier ressort, qui doit « être prise dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Or comment peut-on imaginer que l'enfermement puisse rimer avec ce principe ? Le droit de l'Union justifie la rétention des mineurs par un autre droit fondamental à savoir le droit à la vie privée et familiale, ou encore à l'unité familiale. Ainsi, le droit de l'Union lui accorde une attention constante dans l'articulation des droits, mais pas une suprématie. Il est dès lors difficile de conclure à sa valeur fondamentale au sein du droit de l'Union.

Il est également difficile de conclure à son effectivité, puisque le législateur emploie lui-même le conditionnel lorsqu'il recommande aux Etats de tenir compte du principe. Ensuite, la Cour de justice elle-même, même si elle n'hésite pas à évoquer le principe, n'en fait pas un droit subjectif à proprement parlé. En effet, à plusieurs reprises elle a pu rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant ne prive pas les Etats de leur marge d'appréciation, il doit simplement être pris en compte. Dans un des premiers arrêts en la matière, *Parlement contre Conseil*³⁴ la Cour n'a pas hésité à insister sur le caractère « primordial » du principe. Toutefois, elle a opéré un étrange raisonnement, en considérant que la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial ne portait pas atteinte à ce principe, puisqu'elle imposait, à son article 5 paragraphe 5, de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant³⁵.

Récemment, dans son arrêt *Zubair Haqbin*³⁶ la Cour de justice va se borner à affirmer que la sanction du mineur non accompagné violent doit respecter le principe d'intérêt supérieur de l'enfant. Elle n'examine pas les dispositions de la directive à la lumière de celui-ci, comme l'y invitait son avocat général³⁷.

Dans un autre arrêt, *O.S*³⁸, la Cour va même affirmer que ni l'article 7 ni l'article 24 de la Charte ne peuvent priver les Etats membres de la marge d'appréciation dont ils disposent dans l'examen de regroupement familial. Cependant, dans les dispositions de la directive en cause doivent être interprétées à la lumière de ces articles³⁹. La Cour rappelle aux Etats qu'ils doivent tenir compte de l'intérêt supérieur dans l'examen de la décision sur le regroupement familial.

Nonobstant l'importance du principe d'intérêt supérieur dans le droit d'asile de l'Union européenne, il convient de préciser que ce principe ne bénéficie pas d'une réelle effectivité. En effet, celle-ci est souvent remise en cause puisque l'intérêt supérieur, malgré la primauté dont le droit primaire l'a récemment doté, ne possède pas une véritable prééminence sur les autres

³⁴ CJUE, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. 540/03, Rec. 2006 I-05769, ECLI:EU:C:2006:429, §73.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ CJUE, grande chambre, arrêt du 12 novembre 2019, *Zubair Haqbin contre Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*, aff. C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956.

³⁷ Conclusion de l'avocat général M. Manuel Campos Sanchez-Bordona, présentées le 6 juin 2019, ECLI:EU:C:2019:468.

³⁸ CJUE, arrêt du 6 décembre 2012, *O. et S. contre Maahanmuuttovirasto et Maahanmuuttovirasto contre L.*, aff. C-356/11 et C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776.

³⁹ *Ibid.*, §79-81.

droits. Il n'est donc pas possible de conclure qu'il s'agisse d'une supra-norme qui primerait sur toute autre considération. Dénoué de caractère absolu, il est simplement considéré comme primordial.

Anne-Catherine Rasson, dans son analyse du droit constitutionnel belge et du droit de l'Union⁴⁰, a proposé une solution intéressante afin de remédier aux inconvénients de ce principe flou. Sa réflexion est également transposable au droit de l'Union. Elle estime que le principe d'intérêt supérieur de l'enfant devrait se cantonner à son rôle (très important) de principe interprétatif. Ainsi, le principe serait appréhendé à travers des droits de l'enfant en cause dans chaque espèce, chaque situation. Lors de la mise en balance, l'intérêt supérieur ferait pencher la balance vers le droit de l'enfant concerné, compte tenu de la situation de l'enfant et de sa fragilité. Selon Anne-Catherine Rasson, « *cette méthode pour appréhender l'intérêt de l'enfant, par le prisme de ses droits, nous semble porteuse d'espoir pour dépasser certains échanges, parfois stériles, qui font oublier que ce qui importe, c'est de trouver le chemin de la protection effective des droits et libertés de l'enfant, à l'aune de sa vulnérabilité.* »

Je souhaite exprimer mes plus vifs remerciements à ma chère collègue Marion Maurer, doctorante au Centre d'Etudes Internationales et Européennes, qui a eu la gentillesse de présenter cette contribution à ma place lors de la Journée d'étude sur les personnes vulnérables en droit de l'asile le 14 février 2020.

⁴⁰ A.C. RASSON, L'intérêt de l'enfant, valeur fondamentale ? *préc.*, p.19.