

QUELQUES QUESTIONS NOUVELLES SOULEVÉES PAR LA JURISPRUDENCE
EUROPÉENNE : LES ENFANTS CITOYENS PEUVENT-ILS CONFÉRER DES
DROITS D'ÉTABLISSEMENT À LEURS PARENTS ÉTRANGERS?

Notes de la présentation du juge Mainville, j.c.a. en date du 22 octobre, 2011 dans le
cadre du Colloque 2011 de l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de
l'immigration (AQAADI)

L'alinéa 3(1)(a) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, ch. C-29, prévoit que toute personne née au Canada après le 14 février 1977 a qualité de citoyen canadien, sauf quelques exceptions, dont notamment les enfants nés au Canada de diplomates étrangers.

Compte tenu des délais inhérents au traitement des demandes de statut de réfugié et des demandes s'appuyant sur des motifs humanitaires en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, il arrive fréquemment que des étrangers en attente de statut au Canada donnent naissance à des enfants qui acquièrent ainsi la citoyenneté canadienne. À titre de citoyens, ces enfants ont le droit de demeurer au Canada et d'y établir leur résidence en vertu des dispositions de l'article 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11.

Par contre, la loi canadienne distingue entre les droits des enfants citoyens et ceux de leurs parents étrangers, et aucun lien juridique formel n'est établi entre la citoyenneté des enfants et le statut de leurs parents aux fins de l'application des lois régissant l'immigration.

Ainsi, si les enfants et les parents souhaitent maintenir l'unité familiale, ils n'ont souvent d'autre choix, face à une mesure d'expulsion visant les parents, que de tous quitter le Canada. Il s'agit là d'une réalité pratique qui découle du fait que le statut de citoyen conféré aux enfants n'a pas d'effet, en droit canadien, sur le statut des parents.

Pour palier à cette situation juridique, le droit canadien reconnaît que les intérêts des enfants doivent néanmoins être considérés et pris en compte dans le cadre des mesures discrétionnaires prévues à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, dont notamment dans le cadre des demandes de statut s'appuyant sur des motifs humanitaires. Cependant, même dans ce cadre discrétionnaire, le droit canadien ne distingue pas entre les enfants étrangers et les enfants citoyens, les intérêts de l'un ou de l'autre devant être pris en compte. Ainsi, l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit que « l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché » doit être pris en compte dans le cadre d'une demande s'appuyant sur des motifs humanitaires, sans distinguer les enfants citoyens de ceux qui ne le sont pas.

Ces considérations découlent en grande partie de la décision bien connue rendue en 1999 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (« *Baker* »). Dans *Baker*, la Cour suprême du Canada a décidé que dans le cadre d'une demande d'immigration s'appuyant sur des motifs humanitaires, il faut considérer l'intérêt supérieur des enfants « comme une considération primordiale dans l'examen » (*Baker* au par. 75). Le décideur doit donc considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Par contre, « [c]ela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants » (*Baker* au par. 75).

Dans *Baker*, les enfants en cause étaient citoyens canadiens, et quoique Mme Baker avait aussi des enfants à l'étranger, les intérêts de ces derniers n'apparaissent pas avoir fait l'objet des considérations principales de la Cour suprême du Canada. Néanmoins, la Cour n'a fait aucune distinction formelle entre les intérêts des enfants canadiens et ceux des enfants étrangers, maintenant ainsi l'approche traditionnelle du droit canadien voulant que le statut de citoyen conféré à un enfant mineur n'emporte aucun droit formel d'établissement pour ses parents étrangers.

De plus, et je le souligne de nouveau, quoique l'intérêt des enfants doit être pris en compte selon les principes énoncés dans *Baker*, ce n'est pas le seul facteur pertinent. Il arrive donc souvent que les parents étrangers d'enfants canadiens se voient refuser le droit d'établissement au Canada. Dans de tels cas, si l'expulsion du Canada s'en suit pour les parents, les enfants en cause n'ont souvent d'autre choix pratique que de suivre leurs parents vers l'étranger.

À cet égard, l'affaire *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311 (« *Baron* »), rendue en 2009 par la Cour d'appel fédérale, illustre bien l'approche canadienne. Le litige dans cette affaire visait une décision d'un agent d'exécution qui avait refusé le report du renvoi du Canada d'un couple argentin. Ce couple avait tenté sans succès de réclamer le statut de réfugié. Durant leur séjour au Canada, le couple avait donné naissance à deux enfants, et une demande de statut pour des motifs humanitaires avait donc été soumise aux autorités concernées. Quoique cette demande fût toujours pendante, le couple avait néanmoins fait l'objet d'une mesure d'expulsion. Le couple cherchait donc la suspension de ce renvoi en attente de la décision sur leur demande humanitaire, ce qui fût refusé par l'agent.

En confirmant la décision de renvoi, la Cour d'appel fédérale faisait état comme suit du droit applicable [*Baron* au par. 57]:

[...] Le fait que les appelants avaient l'intention d'amener leurs enfants avec eux en Argentine et que les enfants ne seraient peut-être pas en mesure de revenir tant que leurs parents n'auraient pas régularisé leur statut au Canada ou tant qu'ils n'auraient pas atteint l'âge adulte ne constitue pas, à mon avis, un empêchement au renvoi de leurs parents. La jurisprudence de la Cour indique clairement que les immigrants illégaux ne peuvent se soustraire à l'exécution d'une mesure de renvoi valide simplement parce qu'ils sont les parents d'enfants nés au Canada [...]

On lit d'ailleurs ce qui suit à cet égard au par. 69 de *Baron* :

[...] Ainsi que notre Cour et la Cour fédérale l'ont constamment répété, les difficultés et perturbations causées à la vie familiale sont une des conséquences regrettables entraînées par les mesures de renvoi, mais elles ne constituent manifestement pas un préjudice irréparable. Pour paraphraser le juge Pelletier (voir le paragraphe 48 de ses motifs dans la décision *Wang [c. Canada]*, [2001] 3

C.F. 682]), les difficultés causées à la famille sont la malheureuse conséquence d'une mesure de renvoi, mais on peut y remédier par une réadmission si la demande CH est accueillie. De plus, le fait que les enfants des appelants pourraient avoir à poursuivre leurs études en espagnol, à la suite du renvoi de leurs parents en Argentine, ne constitue de toute évidence pas un préjudice irréparable.

Cette approche canadienne était d'ailleurs celle prévalant au Royaume-Uni et dans la plupart des autres pays européens. Or, deux récentes décisions viennent de modifier considérablement cette approche en Europe. L'une est un jugement en date du 1^{er} février 2011 de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *ZH (Tanzania) v. Secretary of State for the Home Department*, [2011] UKSC 4, [2011] 2 All ER 783 (« *Tanzania* »), et l'autre un arrêt du 8 mars 2011 de la Cour de justice de l'Union Européenne dans l'affaire *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, affaire C-34/09 (« *Zambrano* »).

Traisons premièrement de la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Tanzania*. Les faits de l'affaire sont forts simples. En 1995, une femme originaire de Tanzanie s'introduit au Royaume-Uni et y fait successivement trois demandes d'asile, dont deux sous de fausses identités. Toutes ces demandes sont refusées. Le temps pour traiter de ces multiples demandes est assez long, et la femme en question se lie avec un citoyen britannique. Deux enfants sont nés de cette union; ceux-ci ont droit à la citoyenneté britannique en vertu de la législation britannique. Le couple se sépare par la suite. Le père devient atteint du Sida et ne peut plus travailler, et il souffre d'un problème de surconsommation d'alcool. Il est incapable d'assumer la prise en charge des enfants. La mère assume la responsabilité des enfants, mais sa situation est difficile étant donné qu'elle n'a aucun statut au Royaume-Uni. Elle soumet donc une demande de statut en vertu de diverses dispositions législatives britanniques permettant de tenir compte de facteurs humanitaires. Sa demande est cependant de nouveau refusée.

L'appel devant la Cour suprême du Royaume-Uni portait sur le poids des intérêts des enfants dans la prise de décision, et sur l'effet de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* traitant du droit au respect de la vie privée et familiale. Cet article 8 prévoit ce qui suit :

Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Lady Hale rend les principaux motifs du jugement de la Cour Suprême du Royaume-Uni accueillant l'appel. S'appuyant sur cet article 8, elle conclut que le droit à la vie familiale y énoncé ne peut être brimé que dans le cadre d'une ingérence justifiée par l'analyse de la proportionnalité prévue au second alinéa de l'article. Lady Hale soutient donc que pour répondre aux exigences de cet article, les intérêts supérieurs des enfants en cause doivent être un facteur primordial (« a primary consideration ») dans la décision concernant le statut de leur mère.

Quoique d'autres facteurs puissent être considérés, l'intérêt supérieur des enfants doit être un facteur très important même s'il n'est pas toujours décisif. La question que doit considérer le décideur est celle de savoir s'il est raisonnable pour les enfants en cause d'habiter un autre pays comme résultat de l'expulsion de leur mère. Les facteurs pertinents pour répondre à cette question comprennent notamment le degré d'intégration des enfants au sein du Royaume-Uni, les arrangements pris pour assurer les soins des enfants à l'étranger, l'impact sur les relations parentales et les autres relations familiales résultant du départ des enfants, etc.

Dans le cadre de cette analyse, Lady Hale soutient que la nationalité britannique des enfants est un facteur important dans l'évaluation de leurs intérêts supérieurs, puisque leur déplacement vers un autre pays leur fera perdre plusieurs des avantages de cette citoyenneté, dont l'accès au système d'instruction publique britannique. Ils risquent aussi de perdre leur connaissance de la langue anglaise et de la culture britannique, qu'un

retour subséquent au Royaume-Uni à leur majorité ne saurait pallier. Lady Hale en tire donc la conclusion suivante [aux par. 32 et 33] :

Nor should the intrinsic importance of citizenship be played down. As citizens these children have rights which they will not be able to exercise if they move to another country. They will lose the advantages of growing up and being educated in their own country, their own culture and their own language. They will have lost all this when they come back as adults. As Jacqueline Bhabha (in *The 'Mere Fortuity of Birth'? Children, Mothers, Borders and the Meaning of Citizenship*, in *Migrations and Mobilities: Citizenship, Borders and Gender* (2009), edited by Seyla Benhabib and Judith Resnik, p 193) has put it:

'In short, the fact of belonging to a country fundamentally affects the manner of exercise of a child's family and private life, during childhood and well beyond. Yet children, particularly young children, are often considered parcels that are easily movable across borders with their parents and without particular cost to the children.'

We now have a much greater understanding of the importance of these issues in assessing the overall well-being of the child. In making the proportionality assessment under article 8, the best interests of the child must be a primary consideration. This means that they must be considered first. They can, of course, be outweighed by the cumulative effect of other considerations. In this case, the countervailing considerations were the need to maintain firm and fair immigration control, coupled with the mother's appalling immigration history and the precariousness of her position when family life was created. But, as the tribunal rightly pointed out, the children were not to be blamed for that. And the inevitable result of removing their primary carer would be that they had to leave with her [...]

Le jugement de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Tanzania* semble octroyer aux parents étrangers d'enfants britanniques des droits accessoires d'établissement au Royaume-Uni. Quoique Lady Hale précise que les intérêts des enfants citoyens britanniques ne mènent pas nécessairement au droit d'établissement de leurs parents, à la lumière des faits en cause dans cette affaire, il est difficile d'entrevoir dans quelles circonstances les autorités britanniques pourraient refuser le droit d'établissement aux parents de tels enfants issus de pays dits en développement, étant donné que ces pays n'offrent souvent pas les mêmes avantages éducatifs, sociaux et culturels pour les enfants que ceux offerts au Royaume-Uni.

Il faut cependant noter que l'affaire *Tanzania* fut décidée dans le contexte où le père des enfants était incapable d'en prendre la charge, et il est possible qu'un résultat différent soit atteint dans le cas où un parent citoyen britannique est en mesure d'assumer la charge des enfants au Royaume-Uni. Il faudra bien sûr attendre le développement de la jurisprudence britannique postérieure à l'affaire *Tanzania* pour en évaluer la portée véritable.

Par contre, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Zambrano* ne souffre pas d'ambiguïté. Cet arrêt s'appuie sur l'article 20 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* qui confère une citoyenneté européenne permettant notamment de séjourner librement sur le territoire des États membres :

- Article 20
1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.
 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres :
 - a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.
- [...]

M. Zambrano et son épouse, tous deux d'origine colombienne, ont demandé l'asile en Belgique, ce qui leur a été refusé par les autorités belges, qui leur ont plutôt ordonné de quitter le pays.

Alors que le couple continuait à résider en Belgique en attendant l'issue de leur demande de régularisation de séjour, l'épouse de M. Zambrano a donné naissance à deux enfants qui ont acquis la nationalité belge en vertu de la législation applicable. M. Zambrano et son épouse ont donc introduit une demande d'établissement en Belgique invoquant qu'ils étaient des parents de citoyens belges. Cette demande a été rejetée, les autorités belges estimant que M. Zambrano et sa conjointe avaient intentionnellement manqué de faire les démarches nécessaires auprès des autorités colombiennes pour la reconnaissance de la

nationalité colombienne de leurs enfants dans le but de régulariser leur propre séjour en Belgique.

M. Zambrano a aussi fait une demande d'allocations de chômage auprès des autorités belges, mais cette demande a également été refusée au motif que ce dernier ne satisfaisait pas à la législation belge relative au séjour des étrangers et qu'il n'avait pas le droit de travailler en Belgique.

M. Zambrano a attaqué en justice ces deux rejets concernant son établissement et son droit aux allocations de chômage. Le tribunal du travail de Bruxelles, saisi de la décision de rejet des allocations de chômage, a confié à la Cour de justice de l'Union européenne la question de savoir si, sur la base du droit de l'Union européenne, M. Zambrano pouvait séjourner et travailler en Belgique. Les juridictions nationales des pays de l'Union européenne peuvent en effet poser à la Cour de justice de l'Union européenne des questions portant sur l'interprétation du droit de l'Union.

La Cour de justice de l'Union européenne a énoncé que l'article 20 précité du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* « doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre, d'une part, refuse à un ressortissant d'un État tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union, le séjour dans l'État membre de résidence de ces derniers et dont ils ont la nationalité et, d'autre part, refuse audit ressortissant d'un État tiers un permis de travail, dans la mesure où de telles décisions priveraient lesdits enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union. »

Selon le raisonnement de cette Cour, un refus de séjour aura pour conséquence que les enfants devront quitter le territoire de l'Union européenne pour accompagner leurs parents à l'étranger. De la même manière, selon cette Cour, si un permis de travail n'est pas octroyé aux parents, ceux-ci risquent de ne pas disposer de ressources nécessaires pour subvenir aux besoins de leur famille. L'un ou l'autre de ces refus aurait pour conséquence que les enfants, citoyens de l'Union européenne, seront, de fait, dans

l'impossibilité d'exercer l'essentiel de leurs droits conférés par leur statut de citoyen. Dans ce contexte, la Cour a estimé que ces mesures auraient pour effet de priver les enfants citoyens de l'Union européenne de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur citoyenneté.

Il va sans dire que cet arrêt *Zambrano* a pour effet de reconnaître des droits importants d'établissement aux parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union européenne.

La décision de la Cour suprême du Royaume-Uni dans *Tanzania*, de même que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Zambrano*, n'ont évidemment aucune valeur jurisprudentielle au Canada. Leur valeur persuasive peut aussi être remise en question vu (a) qu'il ne semble pas à première vue exister dans la législation fédérale canadienne d'équivalent à l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* traitant du droit au respect de la vie familiale et (b) que les dispositions de l'article 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne sont pas rédigées de la même façon que celles de l'article 20 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, ni semble-t-il y avoir d'équivalent à l'article 1 de *Charte* prévoyant des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Notons également que ces deux jugements européens peuvent être critiqués tant sur le plan du droit qu'à l'égard de leurs effets sociaux et politiques. Néanmoins, il est fort possible que les questions soulevées dans ces deux décisions trouvent bientôt échos au Canada, étant donné qu'il s'agit de décisions importantes d'instances judiciaires supérieures portant sur des questions très controversées.

Je ne me permettrai pas, bien sûr, de me prononcer sur le sort d'un éventuel recours judiciaire canadien soulevant de telles questions, mon propos se limitant à faire part d'un développement jurisprudentiel important du côté de l'Europe concernant les droits des enfants citoyens nés de parents étrangers.

MERCI.

