



HAL
open science

Retour sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision d'expulsion du territoire canadien d'un père ayant un enfant en charge

Benjamin Kagina Senga

► To cite this version:

Benjamin Kagina Senga. Retour sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision d'expulsion du territoire canadien d'un père ayant un enfant en charge. Cahiers de l'EDEM [Anciennement : Newsletter EDEM], 2022, pp.25-31. hal-03725411

HAL Id: hal-03725411

<https://hal.science/hal-03725411>

Submitted on 17 Jul 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

3. COUR FEDERALE DU CANADA, 28 AVRIL 2021, IAN GEORGE MOWATT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 2021 CF 371

*Retour sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision d'expulsion du territoire
canadien d'un père ayant un enfant en charge*

Benjamin Kagina Senga

A. Décision de la Cour

1. Les faits :

Le demandeur, Ian George Mowatt, est de nationalité jamaïcaine et réside de manière permanente au Canada depuis le 15 août 2014. Il est entré une première fois au Canada en décembre 2009, puis une seconde fois en décembre 2010. En 2012, il s'est marié avec une femme ayant le titre de résidence permanente au Canada et grâce à ce mariage il l'a obtenu, à son tour, obtenu. Le couple s'est toutefois séparé en 2014 avant que le divorce soit prononcé en 2015.

Lors de sa venue au Canada en 2010, le demandeur avait déjà 3 filles : une de 9 ans et deux autres de 22 ans. Dès qu'il a obtenu la résidence permanente au Canada, il a introduit une demande de regroupement avec ses trois dernières. Cette demande fut acceptée en 2015 et la même année, elles ont immigré au Canada (§6).

Le demandeur a été déclaré coupable à deux reprises pour détention de marijuana, en 1996 dans l'État de New York et en 1999 au Texas, et ce, sous un ou plusieurs noms d'emprunt (§3 et §49). Toutefois, lors de sa demande de parrainage comme époux, aucune référence n'a été faite à ces antécédents criminels, au fait qu'il avait été fait usage de nom d'emprunt ou qu'un ordre de quitter un autre pays lui avait été notifié (§5).

2. La décision

La requête sous examen porte sur le contrôle judiciaire d'une décision d'expulsion rendue par la Section d'Appel d'Immigration (ci-après « SAI ») le 7 février 2020. La SAI lui reprochait d'avoir fait de fausses déclarations dans le cadre de sa procédure de parrainage pour le Canada (§3). La SAI a donc conclu que la mesure d'exclusion était valide en droit et qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour justifier la prise de mesures spéciales (§10).

Dans sa requête, le demandeur pose trois questions à la Cour fédérale, à savoir : les conclusions de la SAI étaient-elles déraisonnables ? La SAI a-t-elle commis une erreur de fait ou de droit ? La SAI a-t-elle respecté l'équité procédurale en statuant sur l'appel en l'espèce, étant donné le rôle des tribunaux administratifs ?

Dans le cadre de ce commentaire, nous nous concentrons uniquement sur la deuxième question. En effet, dans son examen relatif à cette deuxième question, la Section d'Appel de l'Immigration du Canada souligné qu'il « est dans l'intérêt de l'enfant mineur du requérant, qu'elle retourne dans son

pays d'origine avec son père. Elle soutient *in fine* que ce retour permettrait à cet enfant de vivre dans le même pays que sa mère et son père biologiques » (§16). Cette décision de la SAI n'a pris soin ni d'analyser le niveau d'intégration de cet enfant au Canada en vue d'évaluer l'impact qu'une telle mesure aura sur l'enfant ni sur son degré de dépendance avec ses deux parents. L'enfant était séparée de sa mère biologique depuis plus de 5 ans ; au Canada, elle fréquentait l'école et obtenait de bons résultats scolaires (§16). C'est donc pour cette raison que « (...) le demandeur soutenait que l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant faite par la SAI était déraisonnable » (§38) car il (demandeur) considérait qu'il était dans l'intérêt supérieur de sa fille mineure de ne pas être expulsée.

B. Eclairage

Cet arrêt donne l'occasion de revenir sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant (ci-après « ISE ») dans une décision d'expulsion d'un des parents en droit canadien (1), en comparaison avec les autres systèmes juridiques, notamment celui de l'Union européenne (2). Cette comparaison avec le droit de l'Union européenne se justifie par le fait que le système régional européen donne des éléments de compréhension de l'impact de l'I.S.E. sur le droit migratoire.

1. La CJUE et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision d'expulsion d'un parent : autre système, autre solution ?

La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la CJUE) accorde plus de poids à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de l'immigration que la Cour fédérale du Canada.

La CJUE a rendu plusieurs arrêts concernant la mise en œuvre de l'ISE en contexte migratoire et, plus spécifiquement, quant à l'expulsion d'un parent de l'enfant mineur. Bien que plusieurs de ces affaires présentent des similitudes avec l'arrêt commenté, c'est l'arrêt [M.A contre l'État belge](#) qui retient ici l'attention en raison de ses similitudes avec l'affaire commentée. Cette affaire fait suite à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat belge à la CJUE, formulée comme suit : « (...) si les États membres sont tenus de prendre dûment en compte l'ISE avant d'adopter une décision de retour, assortie d'une interdiction d'entrée, même lorsque le destinataire de cette décision est non pas un mineur, mais le père de celui-ci ? »¹. Autrement dit, la juridiction de renvoi cherchait à savoir si l'obligation résultant de l'article 5 de la [Directive 2008/115](#) devrait également s'appliquer si le destinataire d'une décision de retour, assortie d'une interdiction d'entrée, est non pas un mineur, mais le père de celui-ci. En réponse à cette question, la CJUE a conclu qu'« il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'article 5 de la Directive 2008/115, lu en combinaison avec l'article 24 de la Charte, doit être interprété en ce sens que les États membres sont tenus de prendre dûment en compte l'intérêt supérieur de l'enfant avant d'adopter une décision de retour, assortie d'une interdiction d'entrée, même lorsque le destinataire de cette décision est non pas un mineur, mais le père de celui-ci »². Tant cet arrêt que la décision canadienne portent sur une mesure

¹ C.J.U.E, 11 mars 2021, *M.A. c. État belge*, C-112/20, EU : C : 2021 :19.

² *Idem*, §43. Lire aussi : L. COOLS, « L'affaire M.A. : la Cour réaffirme la portée large du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la directive retour », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2021.

d'expulsion ou de retour d'un père ayant un enfant mineur à charge. Dans les deux cas, cette mesure d'expulsion était prise à l'encontre de leurs pères et non de ces enfants, mais avec des conséquences sur eux. Par contre, dans le cadre de l'affaire M.A, l'enfant avait la nationalité du pays de résidence (§15 de l'arrêt M.A), alors que dans l'affaire commentée, l'enfant mineur avait la résidence permanente dans son pays de résidence (Canada) (§6). Ceci étant, avec ce statut, elle réjouissait de la majorité de droits et avantages réservés aux citoyens canadiens.

Les réponses jurisprudentielles sont différentes. Dans le cadre de l'affaire commentée, l'ISE mineur supposait qu'elle (la fille mineure du requérant) soit renvoyée dans son pays d'origine avec son père, alors que dans l'arrêt M.A, grâce à l'ISE, le père du mineur pouvait bénéficier d'un droit de séjour dérivé. Il faut rappeler que ce droit fut autrefois accordé à Madame Baker par la Cour suprême du Canada, mais refusé au requérant par la Cour fédérale dans l'affaire commentée³.

Ici, dans son évaluation de l'ISE, la Cour fédérale n'a pas fait référence aux critères définis par l'arrêt Baker à savoir « la réceptivité, l'attention et la sensibilité ». Elle s'est contentée de souscrire à la solution de retour de l'enfant mineur dans son pays d'origine comme relevant de son ISE sans pour autant démontrer en quoi cette solution était plus favorable que d'autres.

A l'opposé, dans l'affaire M.A, la CJUE a conclu que l'ISE devrait être pris en compte et en a déduit que M.A devait se voir octroyer un titre de séjour sur le territoire belge. A défaut, lui et sa fille de nationalité belge se seraient vus contraints de quitter le territoire de l'Union⁴. Si la solution similaire avait été adoptée par la Cour fédérale dans l'affaire commentée, elle aurait permis de maintenir le titre de séjour au père dans l'intérêt de son enfant mineur, garantissant de ce fait à cet enfant à la fois la stabilité et l'unité familiale.

L'on peut donc observer la différence d'approche entre la Cour de justice de l'Union et la Cour fédérale du Canada en ce qui concerne la place et ou le poids de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte migratoire. Si l'approche européenne (de la CJUE) est plus favorable à la prise en compte de ce principe dans le contexte de migration, celle du Canada paraît plus restrictive.

Il serait donc indispensable que le juge canadien à l'instar du juge européen fasse progresser le droit canadien en la matière, en engageant un dialogue constructif avec ses pairs. Comment cette approche restrictive s'observe-t-elle ?

2. Une approche restrictive de la prise en compte de l'ISE dans la décision d'expulsion d'un père devant la Cour fédérale du Canada ?

³ CSC, 09 juillet 1999, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n°25823, [1999] 2 RCS 817, §75 : « Il s'agissait dans cette affaire d'une mesure d'expulsion prise par un agent d'immigration à l'encontre d'une mère d'origine jamaïcaine ayant notamment en charge quatre enfants nés au Canada et possédant la citoyenneté canadienne, et ce, en raison d'un séjour illégal. Après des réponses négatives au niveau des instances inférieures, la Cour suprême du Canada fut saisie par la requérante et a reconnu la place primordiale de l'ISE dans le contexte migratoire. Cette décision emporta donc annulation de la mesure d'expulsion et maintien sur le territoire canadien de Madame Baker avec ses enfants».

⁴ L. Coos, « L'affaire M.A. : la Cour réaffirme la portée large du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la directive retour », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2021.

L'approche canadienne quant à l'ISE est restrictive en comparaison avec le standard international⁵. En droit international, le principe de l'ISE est consacré à l'article 3§1 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#). Cet article stipule que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Le Canada ayant ratifié cette Convention le 13 décembre 1991, il est donc tenu de mettre en œuvre ce principe.

Au niveau interne, le principe de l'ISE est repris par l'article 25(1) de la [loi sur l'immigration et la protection des réfugiés](#). Cet article consacre ce principe dans le cadre d'une demande d'un séjour pour motif d'ordre humanitaire et indique qu'« à la demande de l'étranger ou à son initiative, le Ministre peut soit octroyer le statut de résident permanent soit lever tout ou partie des critères et obligations applicables l'étranger présent ou non sur le territoire, pour des considérations humanitaires et compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant qui sera directement touché par cette mesure ». Il prescrit donc la prise en compte de l'ISE comme valeur primordiale dans les décisions sur l'immigration au Canada.

L'arrêt [Baker](#) rendu par la Cour suprême du Canada en 1999 a mis en œuvre ce principe. Il s'agissait dans cette affaire d'une décision d'expulsion d'une mère d'origine jamaïcaine avec ses quatre enfants nés au Canada et ayant la citoyenneté canadienne, et ce, en raison d'un séjour illégal. Dans le cadre de cet arrêt, la Cour suprême a d'abord réaffirmé que « (...) le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt »⁶.

Pour l'évaluation de l'ISE, la Cour suprême a défini trois critères à savoir « la réceptivité, l'attention et la sensibilité »⁷. Ces critères visent notamment à s'assurer que l'agent décideur accorde une place importante à l'intérêt de l'enfant. La Cour a rappelé que cette place primordiale ne signifie pas que « (...) l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations ou qu'il soit toujours minimisé par l'agent décideur »⁸. La prise en compte de ce principe dans le contexte de migration peut avoir notamment comme but de ne pas séparer un enfant d'avec ses parents par une décision de refus d'entrer ou d'expulsion du territoire d'un Etat⁹.

Il peut également viser à offrir à cette catégorie d'enfants un supplément de protection à cause de leur double vulnérabilité : en tant qu'enfant et en tant qu'« enfant migrant ou en situation de migration ».

En effet, le droit international de l'enfant interdit en principe la séparation de l'enfant avec ses parents. C'est notamment l'article 9(1) de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) qui stipule

⁵ C. Péguy, *De l'intérêt de l'enfant à la reconnaissance du droit à une vie familiale normale : chemin accessible pour les étrangers ?*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, année universitaire 2007-2008. Lire aussi : S. SAROLEA, « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM*, novembre 2016.

⁶ CSC, 09 juillet 1999, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n°25823, [1999] 2 RCS 817, §75.

⁷ *Idem*, §73.

⁸ *Idem*.

⁹ S. SAROLEA, « De Strasbourg à Luxembourg, quels droits pour les familles migrantes? », *Revue québécoise de droit international*, décembre 2020, 439-464.

que « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré ». Cette interdiction se fonde sur la nécessité de respecter la vie familiale de l'enfant en vertu de l'article 16 de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#). Dit autrement, c'est donc ce droit qui fonde l'obligation de préserver l'unité et le milieu familial de l'enfant en évitant toute forme de séparation. C'est aussi ce que le Comité des droits de l'enfant a rappelé dans son [Observation générale n°14](#), « la prévention de la séparation de la famille et la préservation de l'unité familiale, qui sont des pans importants du système de protection de l'enfance, ont pour fondement le droit énoncé au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention... »¹⁰. En droit canadien, ce droit de ne pas séparer un enfant de ses parents fut rappelé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt [Baker](#) cité ci-avant. Même si le contexte de cette affaire est légèrement différent de l'affaire commentée, les effets de cet arrêt auraient pu s'appliquer à l'affaire commentée. Dans les deux affaires, il s'agissait d'une mesure d'expulsion du territoire canadien d'un parent, la mère dans la première, et le père dans la seconde affaire.

Ainsi, il n'est donc pas en principe admis de séparer un enfant de ses parents ou des autres membres de sa famille. Au Canada, l'arrêt [Baker](#) avait conclu dans le même sens « (...) les décideurs qui prennent des mesures touchant aux enfants, doivent faire preuve **d'attention, de sensibilité et de l'épreuve** que celles-ci auront sur leurs droits ».

Or, dans l'arrêt commenté, les juges de la Cour fédérale se sont distancés des critères définis par [Baker](#) puisque l'analyse de l'ISE de la fille cadette du requérant y est laconique et incomplète. La Cour s'est appuyée sur les dispositifs de l'arrêt [Vavilov](#) qui recommandait aux cours supérieures « (...) de s'abstenir d'apprécier à nouveau la preuve examinée par le décideur et de modifier les solutions de faits, sauf circonstances exceptionnelles ». Cet arrêt [Vavilov](#) est lui-même illustratif de ce que pourrait être cette circonstance exceptionnelle¹¹.

Dans le cas d'espèce, la prise en compte de l'ISE du requérant aurait à notre avis, suffi à justifier ces mesures exceptionnelles en faveur de cet enfant mineur. Il s'agit, faut-il les rappeler, de l'impact que cette mesure d'expulsion du père pouvait avoir sur son enfant mineur ; sur le degré d'intégration de l'enfant au Canada et de sa faible dépendance à ses parents (cause de son âge et ou de sa résilience à vivre sans l'un de ses parents pendant plus de 6 ans) ; du passé criminel de son père. Cette prise en compte aurait permis l'annulation de mesure d'expulsion du requérant, entraînant le maintien de cet enfant sur le territoire canadien avec son père. Et cette décision pouvait légitimement être prise par la Cour fédérale du Canada.

Ceci étant, le droit de ne pas séparer un enfant d'avec ses parents n'est pas absolu. Il existe des circonstances dans lesquelles cette séparation soit admise. L'article 9(1) de la Convention relative aux droits de l'enfant note qu'«... à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est

¹⁰ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, Genève, 29 mai 2013, p.8.

¹¹ D.NAKACHE, « Le contrôle judiciaire des décisions administratives : de la censure des décisions incorrectes et/ou déraisonnables », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020 : « La Cour suprême a établi qu'il ne servirait à rien de renvoyer l'affaire devant le décideur pour qu'il la réforme, car M. Vavilov avait déjà soulevé toutes ces questions et rien n'avait fait changer d'avis la greffière. Les juges ont donc conclu que M. Vavilov est un citoyen canadien »

nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Plusieurs cas peuvent donc justifier cette séparation, c'est le cas des parents qui maltraitent ou négligent leur enfant notamment.

Dans le cas d'espèce, son intégration ; sa faible dépendance à son père ; son statut migratoire et la présence de ses sœurs au Canada, pouvait justifier le maintien de cet enfant au Canada après l'expulsion de son père. De plus, pour notre part, l'option d'expulsion de cet enfant mineur avec son père dans son pays d'origine ne pouvait se justifier qu'à titre exceptionnel et après une évaluation complète et individuelle de son bien-fondé. Une telle évaluation n'a pas été faite dans l'arrêt commenté. Cette mesure d'expulsion ne devrait pas être déduite du seul fait que son père et sa mère biologiques résideraient là-bas (§41).

Pour le Comité des droits de l'enfant, la solution de retour d'un enfant dans son pays d'origine aux fins de réunification, « (...) n'est pas dans son intérêt supérieur et ne devrait pas être imposée s'il existe un « risque raisonnable » ou qu'elle débouche sur la violation de droits fondamentaux de l'enfant »¹². Il ajoute que « (...) ce retour ne doit en principe être organisé que s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant »¹³. Ainsi, pour déterminer si tel est le cas, « il faut notamment se baser sur les critères suivants : – la situation en matière de sûreté, de sécurité et autre, ..., les possibilités de prise en charge de l'enfant considéré, le degré d'intégration de l'enfant dans le pays d'accueil et la durée de l'éloignement de son pays d'origine ; la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant ; etc. »¹⁴. La preuve de tous ces éléments n'apparaît pas dans l'arrêt sous examen. Car, au moment de la prise de l'arrêt commenté, cet enfant n'avait que 14 ans d'âge et qu'elle s'était séparée de sa mère biologique depuis 6 ans. Il y a aussi le comportement criminel et faussaire de son père qui pouvait conduire à s'interroger sur sa sécurité une fois à Jamaïque.

En définitive, nous estimons que l'approche canadienne de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de migration reste restrictive pour deux raisons principalement à savoir :

- Pour les faits presque similaires, la CJUE a admis la possibilité de faire bénéficier au père « expulsable » d'un titre de séjour sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant notamment, alors que la Cour fédérale a maintenu la mesure d'expulsion soutenant que cette mesure était neutre de l'ISE;
- La Cour fédérale n'a ni fait référence à l'arrêt Baker, qui en est pourtant la référence en la matière, ni aux critères progressifs qu'il (arrêt Baker) a posé dans l'évaluation de l'ISE dans le contexte de migration.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [Cour fédérale du Canada, 28 avril 2021, Ian George Mowatt, 2021 CF 371](#)

¹² Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Genève, Trente-neuvième session 17 mai-3 juin 2005, §84.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*.

Jurisprudence :

CSC, 19 juillet 2019, [2019] CSC 65, Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov ;
CSC, 09 juillet 1999, [1999] 2 RCS 817, Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ;
C.J.U.E, 11 mars 2021, M.A. c. État belge, C-112/20, EU : C : 2021 :19.

Doctrine :

L. COOLS, « L'affaire M.A. : la Cour réaffirme la portée large du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la directive retour », *Cahiers de l'EDEM*, avril 2021 ;
D. NAKACHE, « Le contrôle judiciaire des décisions administratives : de la censure des décisions incorrectes et/ou déraisonnables », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020
S. SAROLEA, « Focus sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Newsletter EDEM*, novembre 2016 ;
S. SAROLEA, « De Strasbourg à Luxembourg, quels droits pour les familles migrantes? », *Revue québécoise de droit international*, décembre 2020, 439-464 ;
P. CHAHINE, *De l'intérêt de l'enfant à la reconnaissance du droit à une vie familiale normale : chemin accessible pour les étrangers ?*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, année universitaire 2007-2008.

Autres :

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Genève, Trente-neuvième session, 17 mai-3 juin 2005, §84 ;
Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, Genève, 29 mai 2013, p.8.

Pour citer cette note : B. KAGINA SENGHA, « Retour sur la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision d'expulsion du territoire canadien d'un père ayant un enfant en charge », *Cahiers de l'EDEM*, Avril 2022