

SOMMAIRE

- La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme, par J. Fierens 357
- Le point sur... : L'élection de domicile, par S. Brijs et J.-F. van Drooghenbroeck 363
- Droits de l'homme - Liberté - Limitation - Détention d'une personne sujette à une procédure d'expulsion (article 5, § 1^{er}, f, Conv. eur. dr. h.) - Protection des enfants et autres personnes vulnérables (Convention relative aux droits de l'enfant) - Traitement inhumain et dégradant (article 3, Conv. eur. dr. h.) - Détention d'une mère et de ses quatre enfants au centre de rapatriement « 127bis » - Épuisement des voies de recours internes (article 35, Conv. eur. dr. h.) - Lien nécessaire entre le motif invoqué pour la privation de liberté, d'une part, le lieu et le régime de détention, d'autre part - Droit à réparation de la victime d'une arrestation ou d'une détention violant le droit à la liberté et à la sûreté - Droit au respect de la vie privée et familiale. (C.E.D.H., 2^e sect., 19 janvier 2010, note) 365
- I. Significations et notifications - Matière civile - Élection de domicile (article 39, alinéa 1^{er}, C. jud.) - Domicile élu en Belgique par un justiciable domicilié en Belgique - Signification facultative au domicile élu - II. Pourvoi en cassation en matière civile - Défendeur en cassation domicilié en Belgique ayant élu domicile en Belgique - Signification du pourvoi au domicile réel - Validité (oui) - Obligation de signifier au domicile élu (non). (Cass., 1^{er} ch., 26 février 2010, conclusions de l'avocat général A. Henkes) 371
- I. Continuité des entreprises - Transfert sous autorité de justice - Appel - Délai - Droit commun (article 5, loi du 31 janvier 2009) - Un mois à compter de la publication du jugement au *Moniteur belge* - II. Continuité des entreprises - Transfert sous autorité de justice - Mission du mandataire - Recherche des offres (article 62, loi du 31 janvier 2009) - Publicité (non) - Concurrence (oui) - III. Continuité des entreprises - Transfert d'entreprise - Offre unique - Critères d'acceptation de l'offre. (Mons, 1^{er} ch., 22 mars 2010, observations de B. Inghels) 372
- Chronique judiciaire : Billet de la semaine - Élections fédérales 2010 - Les dix priorités du barreau en matière de justice - Coups de règle - Dates retenues - Communiqué - La vie du palais.

DOCTRINE

La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme

« Il vaut mieux être déçu que d'espérer dans le vague ».
(Boris VIAN, *L'Herbe rouge*, 1950)

PAR ARRÊT DU 19 JANVIER 2010, en cause de *Muskhadzhiyeva* et autres, publié en partie dans cette livraison du J.T. (p. 365), la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique en raison des conditions de détention imposées à de jeunes enfants enfermés avec leur mère au centre « 127bis ». La Cour interprète la Convention européenne de sauvegarde à la lumière de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Le principe même de l'enfermement des enfants qui accompagnent leurs parents dans les centres fermés n'est toutefois pas critiqué par l'arrêt qui refuse de poser la question de la nécessité de la privation de liberté. L'État belge avait déjà été condamné par la Cour européenne pour des faits similaires, qualifiés dans un arrêt du 12 octobre 2006 de soumission à un traitement inhumain. Il convient de s'interroger sur les conséquences de cette double condamnation, du point de vue juridique et du point de vue pratique.

1. L'arrêt publié en partie ci-après, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 19 janvier 2010 en cause de *Muskhadzhiyeva* et autres c. *Belgique*, offre au commentateur l'occasion d'aborder bien des aspects de la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme au regard du traitement réservé par la Belgique, comme par maints États parties, aux étrangers en séjour illégal, spécialement aux enfants¹. La détention ou la « rétention », selon l'euphémisme utilisé outre-Québécois², en constitue l'aspect le plus spec-

taculaire. On privilégiera toutefois les questions suivantes : la privation de liberté infligée aux enfants, y compris à ceux dont le comportement ne fait courir aucun danger, est-elle légale au regard des engagements internationaux de la Belgique? Dans l'affirmative, à quelles conditions? L'État belge ayant été condamné deux

Les euphémismes légaux concernant les endroits de détention de civils sans motivation répressive ne datent pas d'hier. La loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers se contente d'évoquer le « maintien dans un lieu déterminé » (article 51/5, § 3, dernier alinéa) éventuellement « situé aux frontières » (article 74/5). Il en va de même de la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers.

Depuis la fin du XIX^e siècle, on a connu de par le monde, en vue de détenir des civils sans intention punitive, des « camps de reconcentration », des « maisons de sûreté », des « camps de concentration », des « centres de transit », des « camps de détention préventive » (*Schutzhaftlager*) des « camps de justice » (*Justizlager*), des « camps de recueil » ou des « camps d'internement ». Voy. J. KOTÉK et P. RIGOULOT, *Le siècle des camps*, Paris, J.-C. Lattès, 2000.

(1) La décision peut être consultée dans son intégralité sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme, <http://www.echr.coe.int>. On y trouvera par ailleurs les arrêts cités dans cet article, pour lesquels on ne donne que la date de prononciation et le nom des parties.

(2) Voy. l'article R.553-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le choix du vocable ne manque pas de piquant si l'on se souvient que « rétention » vise l'action de « retenir » (du latin *re-tenere*), alors que le but de celle-ci est, à l'inverse, d'éloigner les étrangers indésirables.

fois pour avoir infligé un traitement inhumain à des enfants dans un centre de détention pour étrangers, faut-il considérer que l'enfermement de ceux-ci est définitivement incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme³?

1

La légalité de l'enfermement des enfants au regard du droit interne et du droit international

A. Les hypothèses légales de la privation de liberté

2. En droit interne, en dehors de l'hypothèse où, en fait, un bébé est enfermé avec sa mère détenue⁴, la privation de liberté imposée à un enfant peut exister dans trois cas⁵. Le premier est celui du mineur délinquant, ou, pour utiliser le vocabulaire politiquement et juridiquement correct, de l'enfant « en conflit avec la loi » (pénale). L'enfermement peut, dans ce cas, résulter de l'application de la loi du 1^{er} mars 2002 relative au placement provisoire de mineurs ayant commis un fait qualifié infraction (dite « loi Everberg⁶ »), qui évoque pudiquement la décision de « confier à un centre de placement provisoire » les mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, dans le cadre d'une mesure provisoire de protection sociétale. Le mineur délinquant peut aussi être placé en régime éducatif fermé, en application de l'article 37, § 2, 8^o, ou de l'article 52^{quater} de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait. Dans le cas de l'enfant en conflit avec la loi, la privation de liberté est autorisée par l'article 5, § 1^{er}, *littera d*, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui vise la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou sa dé-

tention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente⁷.

3. La deuxième hypothèse d'enfermement d'un enfant vise celui qui présente des troubles mentaux. Il peut faire l'objet d'un placement résidentiel dans la section fermée d'un service pédo-psychiatrique, tel que prévu par l'article 37, § 2, 11^o, de la loi du 8 avril 1965 ou par l'article 43 de la même loi, qui renvoie à l'application de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux. Dans ce cas, la privation de liberté est autorisée par l'article 5, § 1^{er}, *littera e*, de la Convention européenne, puisqu'il s'agit de la détention régulière d'un aliéné.

4. La troisième hypothèse d'enfermement d'un enfant suppose la mise en œuvre de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, spécialement de l'article 7, alinéa 3, de l'article 8, § 4, de l'article 27, § 3, alinéa 1^{er}, de l'article 51/5, § 3, dernier alinéa (comme dans l'espèce ici commentée), ou de l'article 74/5. La Convention européenne autorise une telle privation de liberté à travers l'article 5, § 1^{er}, *littera f*, de la Convention, qui vise l'arrestation et la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. Ce n'est qu'en cas d'application de la loi du 15 décembre 1980 qu'une famille entière peut se retrouver détenue en un même lieu⁸. Au regard de la loi interne, ni l'état de santé de l'étranger, ni les traumatismes qu'il a pu subir, ni les circonstances familiales, ni son âge ne constituent des éléments que l'administration doit prendre en considération avant de procéder à un enfermement. La loi interdit même au juge chargé de contrôler la mesure de détention de se prononcer sur son opportunité⁹. La durée maximale de détention est de cinq mois, prolongeable de trois mois¹⁰.

(7) L'article 5 de la Convention, dans son ensemble, s'applique à l'évidence aux mineurs (voy. C.E.D.H., *Nielsen c. Danemark*, 28 novembre 1988, § 58). « En proclamant dans son paragraphe 1^{er}, le "droit à la liberté", cette disposition vise la liberté physique de la personne et a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire (*mutatis mutandis*, *Amuur c. France*, arrêt du 25 juin 1996, *Rec.*, 1996-III, § 42). La liste des exceptions au droit à la liberté figurant à l'article 5, § 1^{er}, revêt un caractère exhaustif et seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition (voy., *mutatis mutandis*, *K.-F. c. Allemagne*, arrêt du 27 novembre 1997, *Rec.* 1997-VII, p. 2975, § 70, *Conka c. Belgique*, arrêt du 5 février 2000, CEDH 2002-I, § 42, *D.G. c. Irlande*, arrêt du 16 mai 2002, CEDH 2002-III, § 74). La détention doit être régulière tant au regard du droit interne que de la Convention : la Convention impose l'obligation de respecter les règles de fond comme de procédure du droit national et exige la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire (*Winterwerp c. Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, série A, n° 33, pp. 17-19, §§ 39 et 45; *Bozano c. France*, arrêt du 18 décembre 1986, série A, n° 111, p. 23, § 54; *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987, série A, n° 114, p. 23, § 42) » (C.E.D.H., *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 96).

(8) L'article 38 de la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers prévoit que le mineur est logé avec ses parents ou avec la personne exerçant sur lui l'autorité parentale ou la tutelle en vertu de la loi applicable conformément à l'article 35 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé.

(9) Voy. l'article 72, alinéa 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

5. Contrairement aux deux hypothèses précitées, en cas de mise en œuvre de la loi du 15 décembre 1980, la norme interne ne vise jamais les enfants en particulier, et ne les mentionne même pas. Une profonde ambiguïté règne toutefois en ce qui concerne leur statut de détenu. Dans un arrêt surprenant du 21 mars 2007, rendu dans la même affaire que celle dont connaîtra la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Muskhadzhiyeva*, la Cour de cassation a déclaré sans objet et, partant, irrecevable, un pourvoi formé au nom des mineurs d'âge « laissés auprès de leur mère privée de liberté en exécution de la loi du 15 décembre 1980 », au motif que « ces enfants n'ont pas fait personnellement l'objet de la mesure critiquée »¹¹, ce qui revient à dire qu'ils n'étaient pas eux-mêmes privés de liberté. En pratique, il s'avère néanmoins que l'administration refuse de laisser sortir les enfants des centres fermés, même accompagnés par des tiers de confiance et munis d'une autorisation parentale¹². Si l'on confronte le point de vue de la Cour de cassation avec celui de l'administration, on en conclut dès lors qu'ou bien la première se trompe, ou bien la seconde pourrait se voir accusée de détention arbitraire.

6. Quoi qu'il en soit, l'analyse à laquelle procède l'arrêt *Muskhadzhiyeva* suppose nécessairement que les enfants en cause se voyaient appliquer une restriction de liberté au sens de l'article 5 de la Convention européenne. La jurisprudence de la Cour européenne a certes distingué la privation de liberté des restrictions de liberté, en fonction de la situation concrète et de facteurs comme la nature, la durée les effets et les modalités de la mesure prise¹³, mais il pa-

(3) On ne pourra donc aborder la question de l'épuisement des voies de recours interne, ni celle du contrôle interne de la détention administrative des étrangers, pas plus que celle du droit à réparation après une arrestation ou une détention dans des conditions contraires aux dispositions de la Convention. Ces aspects ont été également abordés par l'arrêt commenté.

(4) Voy. les articles 111 et 112 de l'arrêté royal du 21 mai 1965 portant règlement général des établissements pénitentiaires; questions jointes du 16 juin 2009, n° 13631 de M. Fouad Lahssaini au ministre de la Justice sur « la détention d'une mère avec son bébé » et n° 13672 de Mme Clotilde Nysens au ministre de la Justice sur « la présence de nouveau-nés en prison, en compagnie de leur mère incarcérée », commission de la justice, C.R.A., Ch., sess. 2008-2009, CRIV 52 COM 590, p. 21; M. PETIT, « Les conditions de vie des nourrissons vivants auprès de leur mère en prison », disponible sur www.one.be (consulté en mars 2010).

(5) La privation de liberté des enfants vagabonds, autorisée par la Convention européenne (article 5, § 1^{er}, *littera e*) et autrefois prévue par l'article 36, 3^o, de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, n'est plus d'application en Belgique.

(6) On sait que d'autres centres de détention pour mineurs sont en voie d'achèvement. Un centre fédéral fermé à été créé à Tongres, dans une ancienne prison désaffectée devenue entre-temps musée. Des places seront aménagées à la prison de Saint-Hubert et un centre de détention créé à Achènes, le centre fermé fédéral De Grubbe à Everberg étant voué à des placements exclusivement « flamands ».

(10) Voy. l'article 7, alinéas 6 et 7, de la loi du 15 décembre 1980. En ce qui concerne les mineurs étrangers non accompagnés (M.E.N.A.), la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers prévoit que l'étranger qui se déclare mineur et au sujet duquel il n'existe aucun doute quant à sa minorité est accueilli dans un centre d'observation et d'orientation dès son arrivée à la frontière. Pour l'étranger qui se déclare mineur et au sujet duquel les autorités chargées du contrôle aux frontières émettent un doute quant à sa minorité, la détermination de l'âge doit avoir lieu dans les trois jours ouvrables de son arrivée à la frontière. Lorsque cet examen ne peut avoir lieu en raison de circonstances imprévues endéans ce délai, celui-ci peut être prolongé exceptionnellement de trois jours ouvrables (voy. l'article 41 et l'arrêté royal du 9 avril 2007 déterminant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux centres d'observation et d'orientation pour les mineurs étrangers non accompagnés). En pratique, la détention est donc limitée à six jours. En tenant compte des week-ends et d'éventuels jours fériés, elle peut durer jusqu'à 11 ou 12 jours. Toutefois, on sait que depuis juillet 2009, les M.E.N.A. non demandeurs d'asile ne sont plus accueillis au sein des centres ouverts Fedasil, en violation de l'article 60 de la loi du 12 janvier 2007. Ces enfants se retrouvent en pratique dans la rue. Voy., à ce sujet, le médiateur fédéral, « Rapport intermédiaire », 3^e trimestre 2009, <http://www.federaalombudsman.be> (consulté en mars 2010).

(11) N° P.07.0142.F. Cet arrêt semble n'avoir pas été jugé assez important pour figurer dans *Juridat* (consulté en mars 2010).

(12) Voy. question orale n° 4-20 de M. Philippe Mahoux au vice-premier ministre et ministre de l'Intérieur sur « la détention d'enfants mineurs dans les centres fermés », commissions réunies, séance du 22 novembre 2007, *Ann. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, 4-3 COM, p. 8.

(13) Voy. C.E.D.H., *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 58; *Ruzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 93; *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 41; *Nielsen c. Danemark*, 28 novembre 1988, § 67; *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 42; *H.M. c. Suisse*, 26 février 2002, § 42; *Shamsa c. Pologne*, 27 novembre 2003, § 44; voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme - Trois années de*

raît impossible de soutenir que les étrangers adultes résidant en centre fermé sont privés de liberté au sens de l'article 5 de la Convention — ce qui est un truisme — tandis que les enfants qui sont, du point de vue des critères mentionnés, exactement dans la même situation, ne le seraient pas.

7. Curieusement, le gouvernement belge, invité par la Cour de Strasbourg à répondre à la question « La détention des requérants dans le même centre a-t-elle méconnu l'article 5, § 1^{er}, de la Convention? », n'a pas soutenu que les enfants requérants n'étaient pas détenus, ce qui eût été cohérent avec la décision de la Cour de cassation rendue dans la même affaire le 21 mars 2007¹⁴.

B. L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme à travers la Convention relative aux droits de l'enfant

8. L'arrêt *Muskhadzhiyeva*, sous le titre « Le droit international pertinent », ainsi que dans sa motivation, se réfère à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (§§ 43 et 62). Il va sans dire qu'il s'agit ici d'interpréter les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière d'un autre texte conventionnel et non d'appliquer ce dernier directement. Ce n'est pas la première fois que la Cour européenne adopte cette technique¹⁵.

9. La Convention relative aux droits de l'enfant n'interdit pas non plus l'enfermement des mineurs. Sans aborder la question controversée de ses effets juridiques en droit interne¹⁶, il faut

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, vol. 1, n^{os} 82-86.

(14) Dans ses notes d'observations complémentaires, déposées devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'État belge affirme : « Les requérants ont été détenus en vue de leur transfert aux autorités polonaises sur la base de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, alors en vigueur » (p. 16).

(15) Voy. les arrêts *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, §§ 46, 47, 73, 76, 77, 94 et 97; *T. c. Royaume-Uni*, du 16 décembre 1999 également, §§ 44, 45, 71, 74, 75 et 96.

(16) Il a été jugé que ne peuvent être directement invoqués devant les juridictions nationales, les articles de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui ne créent des obligations qu'à la charge des États parties (Cass., 31 mars 1999, *Arr. cass.*, 1999, p. 466; *Bull.*, 1999, p. 478; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1430). Bien qu'elles soient utiles à l'interprétation des textes, les dispositions de l'article 3, § 1^{er} et § 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne sont pas, en soi, suffisamment précises et complètes pour avoir un effet direct, dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant; elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers (Cass., 4 novembre 1999, *Arr. cass.*, 1999, p. 1378; *Bull.*, 1999, p. 1436; *J.T.*, 2000, p. 667). La Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, est plus nuancée ou plus ambiguë, comme on verra : « Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique. » (arrêt n^o 106/2003 du 22 juillet 2003, B.4.2.). Les juridictions du fond, spécialement en matière d'aide sociale, n'ont pas dédaigné reconnaître des effets directs à certaines dispositions de la Convention. Voy. entre autres Trib. trav. Bruges, 24 décembre 2001, *J. dr. jeun.*,

constater que son article 37, § 2, se borne à enjoindre aux États parties de veiller à ce que nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire, même si le texte précise que l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi. Toutefois, la Convention de New York ajoute que la privation de liberté ne peut être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible.

10. Le comité des droits de l'enfant instauré par l'article 43 se réfère à la définition des Règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté, adoptées par l'assemblée générale dans sa résolution 45/113 du 14 décembre 1990 : « Par privation de liberté, on entend toute forme de détention, d'emprisonnement ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonnés par une autorité judiciaire, administrative ou autre¹⁷. »

11. Il ne fait donc aucun doute qu'en lui-même, l'enfermement d'enfants à qui, le cas échéant, aucun comportement infractionnel ou dangereux ne peut être imputé, ne viole pas les dispositions internationales en matière de droits fondamentaux¹⁸. Dans l'immense majorité des cas, des mineurs, parfois bébés, se trouveront cependant derrière des fils de fer barbelés parce qu'ils n'auront fait qu'accompagner leur mère ou leur père sans aucune possibilité de choix¹⁹.

2003, livr. 223, p. 40; *J.T.*, 2002, livr. 831, p. 291, note; *R.W.*, 2002-2003, livr. 21, p. 60; T.T. Bruxelles, 8 novembre 2004, *J. dr. jeun.*, 2005, livr. 242, p. 41; *Rev. dr. étr.*, 2004, livr. 130, p. 612; Civ. Bruxelles, réf., 7 décembre 2004, *J. dr. jeun.*, 2006, livr. 251, p. 37.

(17) § 11, *littera b*.

(18) Dans le même sens, voy. Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 10 décembre 2009 (deux arrêts) : « Attendu que, pour confirmer cette décision, l'ordonnance retient que, s'il n'est pas contesté que le centre de rétention dispose d'un espace réservé aux familles, le fait de maintenir dans un tel lieu une jeune mère de famille, son mari et leur bébé de deux mois et demi constitue un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison, d'une part, des conditions de vie anormales imposées à ce très jeune enfant quasiment dès sa naissance, après avoir été gardé à vue avec sa mère, et, d'autre part, de la grande souffrance morale et psychique infligée à la mère et au père par cet enfermement, souffrance manifestement disproportionnée avec le but poursuivi, c'est-à-dire la reconduite à la frontière; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser, en l'espèce, un traitement inhumain ou dégradant, le premier président a violé [l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article L. 552-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile] »; ces deux arrêts ont toutefois été rendus sur avis non conforme de l'avocat général qui estimait, en se fondant sur des recommandations d'autorités administratives indépendantes (la Commission nationale de déontologie de la sécurité, le défenseur des enfants) et d'organisations internationales (le comité européen pour la prévention de la torture, le commissaire européen aux droits de l'homme) que « le fait de placer en rétention administrative un étranger en situation irrégulière accompagné de son enfant mineur devrait rester une mesure exceptionnelle, les circonstances de faits comme le très jeune âge de l'enfant suffisant à caractériser en l'espèce une violation de l'article 3 de la norme européenne » (*J. dr. jeun.*, éd. française) 2010, livr. 291, p. 44, note J.-L. RONGE; voy. aussi F. COGULET, note sous C.E.D.H., 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, *J. dr. jeun.*, éd. française, 2010, livr. 292, p. 51).

(19) Le tribunal du travail de Bruxelles a relevé qu'un enfant mineur n'est en rien responsable de la situation de séjour illégal. Il la vit comme un état permanent de force majeure, totalement irrésistible et indépendant de sa volonté (Trib. trav. Bruxelles, 8 novembre 2004, *J. dr. jeun.*, 2005, livr. 242, p. 41; *Rev. dr. étr.*, 2004, p. 612).

2

Le contrôle des conditions de détention des enfants

A. Les conditions de détention au centre « 127bis » comme traitement inhumain

12. Le contrôle exercé par la Cour européenne ne concernait dès lors pas le principe de l'enfermement d'une mère et de ses quatre jeunes enfants âgés de sept mois, trois ans et demi, cinq ans et sept ans à l'époque des faits, dont l'état de santé était préoccupant, mais portait sur les modalités de l'enfermement, spécialement sous l'angle de l'article 3 de la Convention, qui prohibe notamment les traitements cruels, inhumains ou dégradants.

13. La Cour se réfère à diverses reprises à son arrêt du 12 octobre 2006, en cause *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, plus connu comme l'arrêt *Tabitha*, qui avait entraîné la condamnation de la Belgique en raison notamment des conditions de détention d'une enfant de cinq ans dans les mêmes conditions que celle d'un adulte. La Cour avait déjà jugé que les autorités qui avaient pris la mesure de détention litigieuse ne pouvaient ignorer les conséquences psychologiques graves de celle-ci. À ses yeux, pareille détention faisait preuve d'un manque d'humanité et atteignait le seuil requis pour être qualifiée de traitement inhumain²⁰. Par ailleurs, eu égard à la protection absolue conférée par l'article 3 de la Convention — et il est vrai que ses dispositions consacrent un des rares droits fondamentaux absolus, c'est-à-dire ceux qui ne tolèrent aucune limitation, aucune exception ni aucune suspension²¹ — il appartenait à l'État belge de protéger et de prendre en charge l'enfant par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3²².

14. Dans l'affaire *Muskhadzhiyeva*, la Cour aboutit à la même conclusion. L'infrastructure qui constituait le cadre de la détention était inadaptée à l'accueil d'enfants. La réalité des conditions de détention au centre « 127bis » ressort des constats du délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant ainsi que du rapport d'étude sur les alternatives à la détention des familles en centres fermés de l'institut d'audit *Sum Research*, du rapport d'expertise du centre de guidance de l'Université libre de Bruxelles et du rapport de la commission LIBE du Parlement européen (§§ 31-35 et 59). Dès lors, « compte tenu du bas âge des enfants requérants, de la durée de leur détention et de leur état de santé, diagnostiqué par des certificats médicaux pendant leur enfermement, la Cour estime que les conditions de vie des enfants requérants au centre « 127bis » avaient atteint le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention et emporté violation de cet article » (§ 63). L'arrêt ne qualifie pas explicitement le traitement subi, mais on peut supposer, à tra-

(20) § 58.

(21) L'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 78).

(22) § 55.

vers le contexte et la référence à l'arrêt du 12 octobre 2006, qu'il s'agit d'un traitement inhumain²³.

15. La spécificité de la situation résidait dans le fait que, contrairement à *Tabitha K.*, les enfants en détention étaient accompagnés par leur mère. Toutefois, la Cour souligne que cet élément ne suffit pas à exempter les autorités de leur obligation de protéger les enfants et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention (§ 58).

B. La question de la nécessité de la détention

16. Se référant encore à l'arrêt *Tabitha*, la Cour condamne également la Belgique parce que, si la détention des requérants relevait du paragraphe f de l'article 5 de la Convention, cette circonstance ne signifiait par pour autant que la détention était régulière au sens de cette disposition. En effet, au regard de la jurisprudence dégagée par la Cour, un lien doit exister entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée, d'autre part, le lieu et le régime de détention²⁴. Le système juridique belge en vigueur n'a pas garanti de manière suffisante le droit des enfants requérants à la liberté. Cette conclusion s'impose même si les quatre enfants requérants étaient accompagnés de leur mère.

17. À propos de la violation alléguée de l'article 5, § 1^{er}, de la Convention, la Cour n'aborde toutefois qu'à propos de la mère la question du caractère nécessaire ou non de l'enfermement. À propos de cette dernière, la Cour rappelle qu'elle était détenue en vue de son expulsion du territoire belge et que l'article 5, § 1^{er}, *littera f*, de la Convention n'exige pas, selon sa jurisprudence, que la dé-

tention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours doive être raisonnablement nécessaire²⁵. À propos des enfants, l'allusion au lieu et au régime de détention inadéquats ne revient pas à exiger la nécessité de la privation de liberté. Pour sauvegarder la cohérence nécessaire qu'elle invoque ailleurs, entre la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, la Cour européenne aurait dû affronter la question et ériger en principe que la détention d'enfants, à tout le moins, doit être requise par la nécessité. En effet, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, comme on l'a rappelé, porte en son article 37, § 2, que la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit n'être qu'une mesure de dernier ressort, ce qui revient précisément à en imposer le caractère nécessaire. Le comité des droits de l'enfant, à cet égard, a depuis longtemps fait connaître ses inquiétudes quant à la mise en détention des enfants demandeurs d'asile, réfugiés et étrangers : « Le comité est gravement préoccupé par l'existence de textes de loi qui autorisent la mise en détention d'enfants demandeurs d'asile qui doivent être expulsés. Le comité prie instamment l'État partie de réexaminer la pratique consistant à mettre en détention des enfants demandeurs d'asile et de faire en sorte que ces enfants soient traités dans le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, compte tenu des dispositions des articles 20 et 22 de la Convention²⁶ ». Le comité des droits de l'enfant, à de multiples reprises, a également souligné que l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant devait lui-même s'interpréter à la lumière des règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté et de l'ensemble de règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, adopté par l'assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985²⁷. Il a en outre déclaré : « En application de l'article 37 de la Convention et du principe d'intérêt supérieur de l'enfant, les enfants non accompagnés ou séparés ne devraient pas, en règle générale, être placés en détention. La détention ne saurait être justifiée par le seul fait que l'enfant est séparé ou non accompagné, ni par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut²⁸ ». L'assemblée générale des Nations unies a elle-même déclaré, dans la résolution 45/113 du 14 décembre 1990 portant adoption des règles des Nations unies pour la protection des mineurs privés de liberté que « les jeunes privés de liberté sont particulièrement vulnérables aux abus, aux mauvais traitements et à la

violation de leurs droits » et que « le placement d'un mineur dans une institution doit toujours être une disposition de dernier recours, pour une période aussi brève que possible ».

18. L'omission, dans le raisonnement de la Cour, de la vérification de la nécessité de l'enfermement des enfants malgré d'autres références à la Convention de New York, rend par voie de conséquence inacceptable son refus d'exiger la nécessité de la détention dans le chef de la mère. On en arrive en effet à la situation pour le moins contradictoire dans laquelle des enfants dont l'enfermement viole l'article 5 de la Convention européenne parce que sa nécessité n'est pas établie (si l'on se réfère à la Convention relative aux droits de l'enfant), ou à tout le moins parce que le lieu et le régime de la détention sont inadéquats (dans le raisonnement de la Cour), ont été contraints de suivre leur mère dont la légalité de l'enfermement est appréciée sans égard à la raisonnable nécessité. Et la Cour de constater ultérieurement que « la présente espèce ne pose pas un problème de réunification familiale », la détention de l'ensemble de la famille ayant permis de sauvegarder le droit à la protection de la vie familiale en l'espèce (§§ 97-99). Au final, un enfermement illégal des enfants a accompagné l'enfermement légal de la mère, mais la violation de l'article 5 de la Convention dans le chef des enfants a permis la non-violation de l'article 8... La liberté étant évidemment le principe et la privation de liberté l'exception, la Cour a peut-être raté l'occasion de faire évoluer sur ce point une interprétation trop complaisante à l'égard des politiques de non-immigration des États membres, en omettant d'exiger que l'arrestation et la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours, soit toujours nécessaire. Dans l'état actuel de son interprétation, la violation de l'article 5, § 1^{er}, de la Convention n'existe cependant que dans le chef des enfants requérants (§§ 73-75).

C. L'appréciation de la souffrance des mères face aux traitements inhumains infligés à leurs enfants

19. Autre perplexité, fondée elle aussi sur une jurisprudence trop hésitante de la Cour : la mère n'aurait pas été elle-même soumise à un traitement inhumain en voyant ses enfants en subir un. Dans l'arrêt *Tabitha*, il avait été jugé que la mère avait connu une souffrance et une inquiétude profonde du fait de la détention de sa fille, dont elle était seulement informée et à propos de laquelle la seule mesure prise par les autorités avait consisté à lui fournir un numéro de téléphone auquel elle pouvait la joindre, au point qu'elle aussi avait subi un traitement inhumain²⁹.

20. Dans l'affaire *Muskhadzhiyeva*, parce que la requérante n'était pas séparée de ses enfants, la Cour en déduit que si le sentiment d'impuissance à les protéger contre l'enfermement et les conditions de celui-ci a pu lui causer angoisse et frustration, la présence constante de ses enfants auprès d'elle a dû apaiser quelque peu ce

(23) On rappellera que la jurisprudence de la Cour lit une gradation à travers l'article 3. La torture est plus grave que le traitement inhumain, qui est plus grave que le traitement dégradant, selon des seuils de gravité. La torture qualifie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 167). Le traitement inhumain est celui qui provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière. Le traitement dégradant est celui qui humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience, ou encore celui qui abaisse l'individu à ses propres yeux (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 29). Voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme - Trois années de jurisprudence...*, citée, n^{os} 46-53. Dans un arrêt *Riad et Idiab c. Belgique* du 24 avril 2008, un récent arrêt S.D. c. Grèce du 11 juin 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que constitue un traitement inhumain et dégradant le fait de maintenir les requérants en détention pendant plus de dix jours dans la zone de transit de Bruxelles-National, citant, *mutatis mutandis*, *Kaja c. Grèce*, n^o 32927/03, 27 juillet 2006, et *Dougou c. Grèce*, n^o 40907/98 (§ 110); dans un arrêt récent, S.D. c. Grèce du 11 juin 2009, elle a encore estimé que constitue un traitement dégradant les conditions de détention d'un candidat réfugié enfermé pendant deux mois dans une baraque préfabriquée, sans possibilité de sortir à l'extérieur, sans possibilité de téléphoner et sans pouvoir disposer de couvertures, de draps propres et de produits d'hygiène suffisants ainsi que son confinement pendant six jours dans sa cellule, sans possibilité de promenade en plein air.

(24) Voy. déjà C.E.D.H., 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, § 44; à propos de la détention fondée sur l'article 5, § 1^{er}, *littera f*, de la Convention, C.E.D.H., 24 avril 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, § 70.

(25) La Cour cite l'arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, § 38. Le gouvernement invoquait aussi l'arrêt *Sliwenko c. la Lettonie* du 9 octobre 2003.

(26) « Observations finales du comité pour les droits de l'enfant », Autriche, 7 mai 1999, CRC/C/15/Add.98, § 27.

(27) Cet ensemble est connu sous le nom de « Règles de Beijing ». Il énonce à l'article 17 : « b) Il n'est apporté de restrictions à la liberté personnelle du mineur — et ce en les limitant au minimum — qu'après un examen minutieux. c) La privation de liberté individuelle n'est infligée que si le mineur est jugé coupable d'un délit avec voies de fait à l'encontre d'une autre personne, ou pour récidive, et s'il n'y a pas d'autre solution qui convienne. d) Le bien-être du mineur doit être le critère déterminant dans l'examen de son cas ».

(28) Observation générale n^o 6 (2005), « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine », CRC/GC/2005/6, § 61.

(29) *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 58.

sentiment, de sorte qu'il n'a pas atteint le seuil requis pour être qualifié de traitement inhumain (§ 66). N'est-ce pas là une bien étrange appréciation des sentiments qui peuvent animer une mère face à la souffrance de ses enfants? Constaté au jour le jour, heure par heure et minute par minute que ceux-ci sont profondément et sans doute irrémédiablement abîmés par les conditions de détention, vivre l'impuissance de mettre fin à cette situation et l'indifférence totale des autorités proches ou éloignées, ne serait pas aussi grave qu'apprendre au téléphone que sa fille souffre d'être enfermée, et constituerait même une consolation? Une telle souffrance, dans le chef d'une mère est sans doute bien autre chose que « le désarroi affectif que l'on peut considérer comme inévitable pour les proches parents d'une personne victime de violations graves des droits de l'homme » (§ 64). Le plus étonnant est l'unanimité des juges strasbourgeois et l'absence d'opinion dissidente à ce sujet.

3

Les effets des arrêts de la Cour européenne en matière d'enfermement des enfants

A. L'obligation des États de se conformer aux arrêts de la Cour européenne

21. Une des questions qui vient naturellement à l'esprit du commentateur, et, on le suppose, du lecteur de l'arrêt *Muskhadzhiyeva*, est : comment a-t-il été possible qu'en Belgique, des traitements inhumains ont encore été infligés à des enfants, quelques semaines seulement après l'arrêt *Tabitha* et alors que tous les experts officiels ou officieux s'accordaient, unanimement et depuis longtemps, à dénoncer la situation faite aux enfants détenus parce que leur parents sont en séjour illégal? Cette question, au-delà de ses aspects politiques, pose au juriste celle de l'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, spécialement de l'interprétation de l'article 46, § 1^{er}, de la Convention, ainsi libellé : « Les hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. »

22. Certes, les arrêts sont revêtus de l'autorité de la chose jugée, mais on sait depuis longtemps que les juges strasbourgeois ne se prononcent jamais *in abstracto* sur la conformité du droit interne à la Convention, ni même sur la conformité d'une pratique généralisée³⁰. La Cour ne connaît que de la situation de fait qui lui est soumise. Dès l'arrêt *Marckx c. la Belgique* du 13 juin 1979, elle a précisé qu'elle n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés, mais à rechercher si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention. Elle ajoutait que sa décision produirait « fatalement »

(30) Une exception existe : celle, rare, de l'application de l'article 47, § 1^{er}, de la Convention qui permet au comité des ministres de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles.

des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution, mais « déclaratoire pour l'essentiel, [l'arrêt] laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 » (actuellement de l'article 46)³¹.

23. Quelques règles sont toutefois susceptibles de donner aux décisions de la Cour une portée qui dépasse le cas d'espèce.

Ainsi, l'autorité de chose jugée des arrêts rendus par la Cour européenne s'étend non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire³².

Deuxièmement, l'obligation de respecter les arrêts rendus impose de prévenir de nouvelles violations³³. Les arrêts de la Cour européenne doivent être exécutés de bonne foi, en application notamment de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui stipule : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. » La bonne foi implique de prendre les dispositions nécessaires pour éviter la répétition de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce raisonnement de bon sens peut juridiquement s'appuyer sur l'article 1^{er} de la Convention de sauvegarde, qui oblige les États parties à garantir à toute personne relevant de leur juridiction la jouissance des droits et libertés définies au titre premier de la Convention, tels que les a interprétés la Cour européenne³⁴.

Troisièmement, le comité des ministres, chargé de suivre l'exécution des arrêts, peut requérir des mesures de caractère général, comme des changements constitutionnels, législatifs et jurisprudentiels « ou encore des mesures pratiques comme la construction du centre de détention adéquat pour mineurs »³⁵. Le protocole additionnel n° 14, ratifié par la Belgique, qui entrera en vigueur le 1^{er} juin 2010, prévoit l'insertion d'un paragraphe 4 dans l'article 46 de la Convention, portant que lorsque le comité des ministres estime qu'une haute partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au comité, saisir la Cour de la question du respect par cette partie de son obligation³⁶.

Quatrièmement, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont, à l'évidence, un effet important sur la jurisprudence interne. Les juridictions belges devront, le cas échéant,

(31) Paragraphe 58.

(32) En ce sens, E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme - Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 73-74 et les références.

(33) *Ibidem*, pp. 111 et s.

(34) Dans l'arrêt *Vermeire c. Belgique*, du 29 novembre 1991, la Cour insiste sur le fait que la Convention doit être observée « telle qu'elle venait de l'interpréter » (§ 26).

(35) Conseil de l'Europe, « Exécution des arrêts de la cour », *Bulletin d'information sur des droits de l'homme*, n° 66, 1^{er} juillet-31 octobre 2005, p. 27.

(36) La Cour n'aura cependant pas de pouvoir de sanction à l'égard de l'État réfractaire, se bornant le cas échéant à constater le manquement. Ses arrêts demeurent obligatoires, mais ils n'ont jamais été et ne seront pas exécutoires.

constater que les enfants détenus dans des conditions similaires à celles des enfants requérants dans l'affaire commentée subissent un traitement inhumain. À défaut, leurs décisions devraient se voir réformées, cassées, ou donner lieu à une nouvelle mise en cause de la responsabilité internationale de la Belgique devant la Cour européenne.

24. Il reste qu'au vu du contenu de l'arrêt *Tabitha* et de l'arrêt *Muskhadzhiyeva*, une solution apparemment conforme à la Convention européenne des droits de l'homme pourrait consister à aménager des centres de détention prétendument adaptés aux enfants. Cette pseudo-exécution des arrêts se heurterait toutefois à maintes injonctions de la communauté internationale. Le haut commissariat des Nations unies pour les réfugiés a ainsi explicitement estimé qu'en principe, on ne doit pas interner les enfants demandeurs d'asile. Dans son document intitulé « Les enfants réfugiés : principes directeurs concernant la protection et l'assistance », le comité exécutif du haut commissaire aux réfugiés déclare : « Malheureusement, les enfants réfugiés sont parfois détenus ou menacés de détention en raison de leur propre entrée illégale dans le pays d'asile, ou de celle de leurs propres parents. Étant donné que la détention peut s'avérer très préjudiciable pour les enfants réfugiés, on ne devrait y recourir qu'en tant que mesure de dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible³⁷ ». Le haut commissaire dira encore que « Les principes directeurs, la conclusion n° 44 (XXXVII) (1986) du comité exécutif sur la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile et n° 47 (XXXVIII) (1987) sur les enfants réfugiés, ainsi que le droit international des droits de l'homme soulignent l'importance d'éviter toute forme de détention d'enfants, y compris les enfants réfugiés et demandeurs d'asile³⁸ ». Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ne dit pas autre chose et demande « d'apporter une solution afin de ne plus détenir des mineurs dans les centres fermés »³⁹.

B. Les alternatives à l'enfermement des enfants dans les centres pour étrangers

25. Au cours de l'année 2004, en Belgique, 152 enfants auraient été détenus en centres fermés. Ce nombre serait passé à 769 en 2005 et à 965 en 2006⁴⁰. À partir de 2007, les chiffres

(37) Comité exécutif du programme du haut commissaire, « Politique du H.C.R. concernant les enfants réfugiés », 6 août 1993, EC/SCP/82.

(38) Haut commissaire aux réfugiés, « Note d'information sur les enfants réfugiés : les efforts du H.C.R. pour régler certains problèmes persistants de protection », 6 mai 1993, EC/1993/SCP/CRP.4.

(39) Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, faisant suite à sa visite en Belgique 15-19 décembre 2008, Strasbourg, 17 juin 2009, CommDH(2009)14, recommandation 16.

(40) Cette augmentation était notamment consécutive à l'usage accru de la détention en vue du renvoi de familles vers un autre pays de l'Union européenne en application du 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, dit « règlement de Dublin », qui dispose que l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile est en principe celui par lequel le demandeur est entré sur le territoire

ont commencé à baisser. On recensait encore 398 enfants privés de liberté dans les centres pour étrangers cette année-là et 270 en 2008.

26. Des alternatives à l'enfermement d'enfants en tous points innocents, auxquels leur comportement n'est pas reproché et qui ne présentent aucune dangerosité, existent à l'évidence. À la suite des interpellations de plusieurs associations, qui ont notamment fait valoir que la Belgique prétend depuis plusieurs décennies privilégier la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴¹, et à la suite du « tribunal d'opinion » organisé en janvier 2008 autour de la question de l'enfermement des enfants dont les parents sont en séjour illégal⁴², des « maisons de retour » ont été ouvertes, vers lesquelles les familles contraintes de quitter le territoire sont aujourd'hui transférées⁴³. Un « agent de

de l'Union européenne, sauf si celui-ci a un membre de sa famille dans un autre État ou s'est vu octroyer un visa par un autre État, ou encore a séjourné légalement au cours des deux dernières années dans un autre État partie. Aux termes de l'article 4, § 3, du règlement, la situation du mineur qui accompagne le demandeur d'asile et répond à la définition de membre de la famille énoncée à l'article 2, point i, est indissociable de celle de son parent ou tuteur et relève de la responsabilité de l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile dudit parent ou tuteur même si le mineur n'est pas individuellement demandeur d'asile.

(41) Voy. aussi l'introduction de l'article 22bis dans la Constitution par la loi du 23 mars 2000.

(42) Voy. les « jugements » du jury d'enfants et du jury d'experts, ce dernier présidé par M. Jaak Doep, ancien président du comité des droits de l'enfant, sur le site d'Unicef-Belgique, www.unicef.be, ou celui de DEI-Belgique, <http://www.dei-belgique> (consultés en mars 2010).

(43) Voy. l'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, § 1^{er}, de la loi

soutien », officieusement appelé « coach de retour », mandaté par l'Office des étrangers, les accompagne en vue de préparer leur départ, et surtout de les convaincre que telle est la meilleure solution pour elles⁴⁴. Entre le 1^{er} octobre 2008 et le 31 octobre 2009, 56 familles incluant 104 enfants au total seraient passées par ces maisons. Toutefois, le délégué général aux droits de l'enfant⁴⁵, aussi bien que le *Kinderrechtencommissaris*⁴⁶, ont fait état, dans leurs rapports respectifs, de détentions d'enfants en centres fermés encore actuelles⁴⁷.

du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

(44) Aux termes de l'article 7 de l'arrêté royal du 14 mai 2009, l'agent de soutien exerce les missions suivantes :

— expliquer à la famille ses droits et devoirs ;
— entreprendre toutes les démarches requises pour l'obtention des documents d'identité des membres de la famille auprès de leurs autorités nationales et/ou la préparation de leur retour ;

— informer les étrangers de l'état de la procédure qui a été introduite en application de la loi du 15 décembre 1980 ;

— servir de relais entre les autorités belges et les partenaires privés et publics impliqués dans le cadre de l'hébergement des membres de la famille et de l'organisation de leur retour ;

— accompagner psychologiquement et socialement les membres de la famille et les préparer à leur retour.

(45) Le délégué général aux droits de l'enfant a été institué par le décret de la Communauté française du 20 juin 2002. Aux termes de l'article 3, il a pour mission de veiller à la sauvegarde des droits et intérêts des enfants.

(46) Le *Kinderrechtencommissaris* a été créé par le décret du Conseil flamand du 15 juillet 1997 portant création d'un commissariat aux droits de l'enfant et instituant la fonction de commissaire aux droits de l'enfant. Aux termes de l'article 4, il défend les droits et intérêts de l'enfant.

(47) « En juin 2008, la ministre de la Politique de migration et d'asile, Mme Turtelboom, annonçait l'ouverture

Le médiateur fédéral a par ailleurs relevé que la création des « maisons de retour » n'est entourée d'aucune garantie de pérennité. Un retour à la pratique antérieure reste envisageable⁴⁸.

4

Conclusion

27. En conclusion, si la condamnation de la Belgique pour les traitements infligés aux enfants détenus au centre « 127bis » doit être approuvée sans réserve, notamment parce qu'elle ne fait que refuser une situation que des dizaines d'intervenants et d'experts dénoncent depuis des années, on peut regretter que la Cour européenne n'a pas affirmé l'exigence de nécessité de la détention d'enfants au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, assurant ainsi la cohérence de celle-ci avec la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

28. Pour le reste, ce n'est pas de sa jurisprudence actuelle que viendra le salut pour les enfants innocents qui pourraient se retrouver enfermés dans des prisons prétendument mieux adaptées, puisqu'en elle-même leur privation de liberté est reconnue compatible avec la Convention européenne. La position de la Cour pousse implicitement les États à créer des centres fermés pour étrangers, adaptés à la détention des enfants, alors que de nombreuses voix autorisées, au sein de la communauté internationale, doutent de la possibilité de jamais rendre leur enfermement conciliable avec la préservation de leur intérêt supérieur.

29. Des États comme la Belgique ont voulu faire de l'intégrité des enfants et de leur bien-être une norme particulièrement éminente, notamment à travers des révisions constitutionnelles, mais ils n'hésitent pas à les sacrifier le cas échéant sur l'autel du réalisme politique ou juridique. Il serait dès lors urgent d'inscrire dans les lois internes que la détention d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours, ne peut jamais concerner un enfant.

Jacques FIERENS

Professeur extraordinaire
aux F.U.N.D.P. et à l'Université de Liège

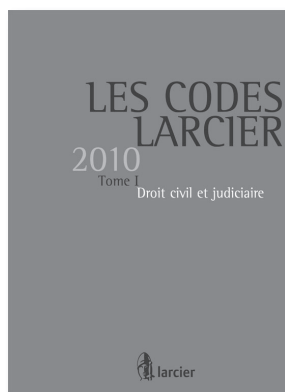
de « maisons de retour » et déclarait qu'il n'y aurait plus d'enfants enfermés dès 2009. Plus d'un an après, lors d'une visite impromptue au centre « 127bis », nous nous trouvions en présence d'une famille congolaise comptant trois enfants de 7, 13 et 15 ans... » (rapport annuel 2008-2009 du délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant, www.dgde.cfwb.be, p. 9, consulté en mars 2010) « Toch betreuren we dat er nog altijd kinderen opgesloten worden als ze bij de grens aankomen en geen toegang tot het grondgebied krijgen » (rapport aan het comité voor de Rechten van het Kind. Verslag van de kinderrechtencommissarissen van de Vlaamse en de Franse Gemeenschappen over het 3de en 4de Rapport van België, février 2010, www.kinderrechten.be, p. 26, consulté en mars 2010.)

(48) Médiateur fédéral, « Investigation sur le fonctionnement des centres fermés gérés par l'Office des étrangers », juin 2009, <http://www.federaalombudsman.be>, p. 30 (consulté en mars 2010).

LES CODES LARCIER

Votre référence en matière de Codes

Nouvelle édition 2010
À jour au 1^{er} février 2010



Sous la direction juridique de Claude Lamberts et Jean-Jacques Willems

Avec la collaboration de Jean-Pierre Aerts, Amaryllis Bossuyt, Emmanuel Caprasse, Frédéric Close, Léandre Drion, Marc-Albert Jamin, Luc Lambrecht et Gustave Steffens

- Une collection de 7 tomes, soit plus de 10 000 pages réparties en 10 volumes
- Un volume distinct rassemble les Tables générales des 7 tomes
- Une édition de base tous les 2 ans et une mise à jour semestrielle intermédiaire sous la forme de compléments cumulatifs
- Des Codes complets et enrichis de nombreuses annotations
- Des Codes en ligne sur www.strada.be avec mise à jour mensuelle

Collection complète

(7 tomes + Tables générales) :

Prix abonnement : 1275,00 €

Prix hors abonnement : 1500,00 €

Prix « étudiants », « avocats stagiaires » et « jeunes diplômés » sur demande



larcier

commande@deboeckservices.com • Larcier c/o De Boeck Services sprl

Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • Belgique • 0800/99 613 • 0800/99 614

www.larcier.com