

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les droits fondamentaux de l'enfant étranger en Belgique

Rasson, Anne-Catherine

Published in:

Migrants vulnérables et droits fondamentaux

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rasson, A-C 2015, Les droits fondamentaux de l'enfant étranger en Belgique: le visage de l'enfant confronté aux politiques de l'immigration. dans *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*. Au fil du débat, Berger-Levrault, Paris, pp. 163-175.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les droits fondamentaux de l'enfant en Belgique

La protection des droits fondamentaux⁷ de l'enfant est le fruit d'une longue évolution⁸. Le paradigme⁹ le plus récent est celui au cours duquel l'enfant est devenu un véritable sujet de droits, du moins dans les textes consacrant les droits fondamentaux¹⁰. Ceux-ci visent, en effet, à la fois la protection de l'enfant et la promotion de son autonomie. Le jour symbolique de cette évolution dans le statut de l'enfant est généralement fixé au 20 novembre 1989, jour de l'adoption à New-York de la CIDE¹¹.

En Belgique, deux avancées furent déterminantes : d'une part, l'approbation de la CIDE par les divers législateurs belges ainsi que sa ratification¹², d'autre part, l'adoption par le constituant belge d'un article 22 *bis*, libellé comme suit :

« Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.

7. Pour une définition des « droits fondamentaux », voir O. Dord, « Droits fondamentaux », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénau, S. Riels, F. Sudre (ss. la dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 334.

8. Sur cette évolution qui dépasse largement notre propos : Ph. Arlès, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, 1975 ; D. Cooper, *Mort de la famille*, Seuil, 1972 ; M.-S. Dupont-Bouchat, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (ss. la dir.), *Droit et intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 23-54 ; J. Flerens, *op. cit.*, p. 27-48 ; J.-L. Renchon, « Les évolutions de notre regard sur l'enfant. Les cent ans de la loi sur la protection de l'enfant (1^{re} partie) », *JT*, 2012, p. 377-383 ; D. Youf, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesse en difficulté* [En ligne], 2011, 1^{er} mars 2012, <http://sejed.revues.org/index7231.html>.

9. Nous entendons ici le terme paradigme selon la théorie de Kuhn : « les découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes types et des solutions » (T. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983, p. 11).

10. J.-L. Renchon estime, quant à lui, que l'enfant est un sujet de droits et d'obligations depuis plus de deux siècles. Il admet cependant que ce sera « l'avènement des Lumières, les révolutions démocratiques et la proclamation de l'égalité de droit de tous les êtres humains qui conféreront à l'enfant un statut d'être humain à part entière » (J.-L. Renchon, « Les droits de l'enfant dans le conflit parental », in *Enfant, sujet de droits : rêve ou réalité*, Actes du colloque organisé le 14 octobre 1994, Liège, Editions du jeune Barreau de Liège, 1995, p. 153).

11. Pour rappel, la genèse des droits de l'enfant remonte au début ^{xx} siècle. La première déclaration des droits de l'enfant, la « Déclaration de Genève », a été adoptée le 26 septembre 1924 par la Société des Nations. Ensuite, l'Assemblée générale des Nations Unies a voté, le 20 novembre 1959, la « Déclaration des droits de l'enfant ».

12. La ratification étant intervenue le 16 décembre 1991, la Convention est entrée en vigueur en Belgique le 15 janvier 1992.

Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.

Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement.

Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant ».

Cet article 22 bis a été adopté en 2000 à la suite de l'affaire Dutroux. Il consacrait alors la protection de l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle de l'enfant. Il a, ensuite, été complété en 2008 pour intégrer les principaux directeurs de la CIDE, soit le droit de participation des enfants, leur droit au développement et la prise en considération de leur intérêt¹³.

Il faut également rappeler que les droits humains et libertés publiques, tels qu'ils sont consacrés dans le Titre II de la Constitution belge, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH)¹⁴ et dans ses protocoles, dans la Charte sociale européenne¹⁵, dans le Pacte international relatif aux droits civil et politiques (PIDCP)¹⁶, dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)¹⁷, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁸ appartiennent à tous, et donc aussi aux enfants¹⁹.

Les trois hautes juridictions belges ont, quant à elles, une attitude mitigée face à cette évolution relative aux droits de l'enfant. Si la Cour constitutionnelle semble vouloir les rendre réellement concrets et effectifs, la Cour de cassation et le Conseil d'État sont plus réservés.

Le juge constitutionnel a, en effet, mis au centre de sa riche et actuelle jurisprudence en matière de filiation, l'un des principes directeurs de la

CIDE, repris à l'article 22 bis, alinéa 4, de la Constitution belge, soit la prise en considération de l'intérêt de l'enfant²⁰ :

« Lorsqu'il élabore un régime légal en matière de filiation, le législateur doit permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto* à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis.

Tant l'article 22 bis, alinéa 4, de la Constitution que l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux juridictions de prendre en compte de manière primordiale l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant [...]. Si l'intérêt de l'enfant revêt un caractère primordial, il n'a pas pour autant un caractère absolu. Dans la mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant occupe une place particulière du fait qu'il représente la partie faible dans la relation familiale. Cette place particulière ne permet pas pour autant de ne pas prendre également en compte les intérêts des autres parties en présence »²¹.

Cette jurisprudence nous paraît conforme aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme²² et à la position du Comité des droits de l'enfant²³. Dans son observation générale n° 14, qui concerne précisément la notion de « l'intérêt de l'enfant » visée à l'article 3.1 de la CIDE, le Comité souligne que ce dernier doit être apprécié « *case-by-case* »²⁴. Son ancien Président, Jean Zermatten, a également déclaré : « [L'intérêt de l'enfant], c'est une notion qui ne peut pas être définie de façon théorique, mais doit être appréciée concrètement par rapport à une situation donnée. Il s'agit, au cas par cas, de mettre l'enfant au centre de la décision et d'évaluer [la situation] au mieux par rapport à son intérêt »²⁵.

Le Conseil d'État²⁶ et la Cour de cassation²⁷ restent, quant à eux, en marge de cette évolution – contrairement à leurs homologues français²⁸ – en persistant

13. Sur ces révisions, P. Lemmens, « De rechten van het kind als grondrechten in de belgische rechtsorde », in W. Vandenhole (ss. la dir.), *Kinderrechten in België*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 53-58 ; A. Rassin-Roland et A.-C. Rassin, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. Verdussen et N. Bonbied (ss. la dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 1608-1616 ; A. Vandaele et M. Verheyde, « Artikel 22 bis van de grondwet : een grondwettelijke bescherming in de kinderschoenen », *CDPK*, 2000, p. 543-557 ; A. Vanderhaeghen, « Kinderen hebben recht op een mening », *Juristenkrant*, n° 183, 2009, p. 6.

14. Adoptée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

15. Adoptée à Turin le 18 octobre 1961 et entrée en vigueur le 26 février 1965. Elle a été révisée à Strasbourg le 3 mai 1996.

16. Adoptée à New-York le 16 décembre 1966 et entrée en vigueur le 23 mars 1976.

17. Adoptée à New-York le 16 décembre 1966 et entrée en vigueur le 3 janvier 1976.

18. Adoptée à Nice le 7 décembre 2000 et modifiée le 12 décembre 2007 à Strasbourg. Lors de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, la Charte s'est vue confier la même force juridique obligatoire que les traités (TUE, art. 6).

19. F. Delpérée, « La Constitution belge et la Convention relative aux droits de l'enfant », in M.-T. Meulders-Klein (ss. la dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 1992, p. 90 ; A. Rassin-Roland et A.-C. Rassin, « Les droits constitutionnels des enfants », *op. cit.*, p. 1604 ; W. Vandenhole, « Kinderrechten : Instrumenten en rechten », in W. Vandenhole (ss. la dir.), *Kinderrechten in België*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 3.

20. CIDE, art. 3.1.

21. Cons. const., 17 oct. 2013, n° 139/2013, B.6.2. – Cons. const., 7 mars 2013, n° 30/2013. La Cour constitutionnelle a également mis en évidence le principe de l'intérêt de l'enfant dans le contentieux constitutionnel de l'enseignement : Cons. const., 9 juill. 2009, n° 107/2009 et Cons. const., 29 oct. 2009, n° 168/2009.

22. CEDH, 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, n° 41615/07, § 138 – CEDH, 21 déc. 2010, *Anayo c/ Allemagne*, n° 20578/07, § 67-75 – CEDH, 15 sept. 2011, *Schneider c/ Allemagne*, n° 17080/07, § 100 – CEDH, 13 mars 2012, *Y.C. c/ Royaume-Uni*, n° 45471/10, § 135-138 – CEDH, 22 mars 2012, *Ahrens c/ Allemagne*, n° 45071/09, § 74 – CEDH, 22 mars 2012, *Kautzor c/ Allemagne*, n° 25358/09, § 77.

23. R. Hodgkin et P. Newell (Unicef), *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Publications des Nations Unies, Bureau régional pour l'Europe, Genève, Atar Roto Presse, 2002, p. 42.

24. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14, on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 2013, p. 9, 14 et 17.

25. Propos de J. Zermatten, recueillis lors d'une interview : « Comment définir l'intérêt supérieur de l'enfant ? », *Enfants de Partout*, n° 133, févr. 2013, p. 7.

26. CE, 29 mai 2013, n° 223630 – CE, 11 juin 1996, n° 60.097, *Jour. dr. jeun.*, 1997, p. 519.

27. Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712 – Cass., 4 nov. 1999, *Pas.*, 1999, p. 588 – Cass., 17 nov. 1999, *Pas.*, 1999, p. 1481 – Cass., 11 juin 2010, *RTDF*, 2011, p. 119. – en sens contraire, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14, *On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, § 1), 2013, p. 4 : le Comité considère que l'article 3.1 doit avoir un effet direct.

28. Cass. fr., 18 mai 2005, *Dr. Familias*, 2005, comm. 156 et CE, 22 sept. 1997, *Cinar* ; F. Oequewer-Defosse, « La Convention internationale des droits de l'enfant : quelles répercussions en droit français ? », *CRDF*, n° 5, 2006, p. 39, 41 et s.

à dénier un effet direct à l'article 3.1. de la CIDE ou à l'article 22 *bis*, alinéa 4, de la Constitution.

Les droits fondamentaux protégés dans les traités internationaux ainsi que dans la Constitution belge s'appliquent également aux enfants étrangers en séjour illégal ou demandeurs d'asile²⁹. Il faut, toutefois, noter que l'article 191 de la Constitution énonce que tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi³⁰.

Il existe une pléthore de problématiques qui concernent la manière dont l'État belge garantit (ou ne garantit pas) les droits des enfants étrangers. Nous avons choisi, dans le cadre limité de cette contribution, d'aborder celles de l'accueil et de la détention. Ces deux thématiques se complètent bien dans une perspective de droits fondamentaux, dès lors que la première permet de garantir, *a minima*, certains droits, tandis que la seconde met à néant les droits de première nécessité des enfants. En outre, toutes deux ont fait – et font encore – l'objet de débats dans l'actualité belge, ce qui rend leur exposé tout à fait opportun.

29. CIDE, art. 2 – Conv. EDH, art. 1^{er}; Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 2005, p. 6 – CEDS, 23 oct. 2012, *Défense des Enfants International (DEI) c/ Belgique*, n° 69/2011, § 28-39, 84-86, 99-102, 119-122 et 133-136; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd., 2012, p. 687; M. Lys, « Les droits constitutionnels des étrangers », in M. Verdussen et N. Bonbled (ss. la dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 626 et 627; R. Ergéc, *Introduction au droit public*, t. II, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 42 et s.

30. Sur cet article 191 de la Constitution, voir M. Lys, *op. cit.*, p. 607-634; P.-O. de Broux, « Les étrangers en séjour légal, en séjour illégal ou hors du territoire national », in S. Van Drooghenbroeck (ss. la dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 49 et s. Pour la Charte sociale européenne : CEDS, 23 oct. 2012, *Défense des Enfants International (DEI) c/ Belgique*, n° 69/2011, § 28-39.

Les droits fondamentaux de l'enfant étranger en Belgique : l'accueil et la détention

A. L'accueil des enfants étrangers

La problématique de l'accueil des enfants étrangers renvoie à celle, plus large, de l'aide sociale. Celle-ci est prévue par la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale (CPAS) dont l'article 1^{er} dispose qu'elle est destinée à garantir la dignité humaine. Dans le droit belge, il existe trois types d'aide sociale : l'aide financière dont peuvent profiter les belges et certaines catégories d'étrangers, l'aide matérielle qui est allouée aux demandeurs d'asile, aux mineurs étrangers non accompagnés (MENA)³¹ et aux enfants dont les parents sont en séjour illégal et l'aide médicale urgente qui peut être revendiquée par les autres étrangers en séjour illégal³². Cette classification est le fruit d'une longue évolution que nous ne pouvons aborder ici³³.

Ainsi, en Belgique, la dignité humaine est à géométrie variable et dépend du statut de séjour de la personne concernée. Notons, cependant, que la Cour d'arbitrage (aujourd'hui constitutionnelle) a accepté, le 29 juin 1994, le principe de l'aide médicale urgente en estimant que « lorsqu'un État qui entend limiter l'immigration constate que les moyens qu'il emploie à cet effet ne sont pas ou ne sont guère efficaces, il n'est pas déraisonnable qu'il ne se reconnaisse pas les mêmes devoirs face aux besoins de ceux,

31. Sur la définition du mineur étranger non accompagné, en Belgique, voir notamment L., 15 déc. 1980, art. 61/14; L. prog., 24 déc. 2002, art. 5/1; L., 12 janv. 2007, sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers; Cons. const., 18 juill. 2013, n° 106/2013, B.4.9; P. Hubert, C. Maes, J. Martens, K. Stangherlin, « La condition de nationalité ou de séjour », *Aide sociale – intégration sociale. Le droit en pratique*, Bruxelles, La Charte, 2011, p. 156; Réseau européen des migrations, *Mineurs non accompagnés en Belgique*, juill. 2009, p. 29.

32. L., 8 juill. 1976, organique des centres publics d'action sociale, art. 57.

33. Voir e. a. M. Dallemagne, P. Lambillon, J.-C. Stevens, « Les écueils de la loi accueil ou de Charybe en Scylla... », in F. Etienne, M. Dumont (ss. la dir.), *Regards croisés sur la sécurité sociale*, Liège, Anthémis, 2012, p. 732-739; J. Flereus, *op. cit.*, p. 45 à 48; P. Hubert, Ch. Maes, J. Martens, K. Stangherlin, *op. cit.*, p. 117-243.

d'une part, qui séjournent légalement sur son territoire (ses nationaux et certaines catégories d'étrangers), et des étrangers, d'autre part, qui s'y trouvent encore après avoir reçu l'ordre de le quitter. En disposant de telle manière que celui qui a reçu un ordre définitif de quitter le territoire avant une date déterminée sache que s'il n'a pas obtempéré, il ne recevra, un mois après cette date, plus aucune aide des centres publics d'aide sociale, à la seule exception de l'aide médicale urgente, le législateur a adopté, afin d'inciter l'intéressé à obéir à l'ordre reçu, un moyen dont les effets permettent d'atteindre l'objectif poursuivi. Ce moyen n'est pas disproportionné à cet objectif dès lors qu'il garantit à l'intéressé l'aide matérielle nécessaire pour quitter le territoire, pendant un mois, et l'aide médicale urgente, sans délai.»³⁴.

Les enfants, demandeurs d'asile ou illégaux, accompagnés ou non, ont tous accès à l'aide matérielle³⁵. Celle-ci est organisée par la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers et est définie comme étant l'aide octroyée par l'Agence ou le partenaire, au sein d'une structure d'accueil, et consistant notamment en l'hébergement, les repas, l'habillement, l'accompagnement médical, social et psychologique et l'octroi d'une allocation journalière. Elle comprend également l'accès à l'aide juridique, l'accès à des services tels que l'interprétariat et des formations ainsi que l'accès à un programme de retour volontaire³⁶. Elle prend la forme d'un accueil au sein d'un centre géré par l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile (FEDASIL) ou par l'un de ses partenaires (Croix-Rouge, mutuelle, ...) ou grâce à des initiatives locales d'accueil. Il y a aujourd'hui cinquante centres³⁷, certains accueillant des demandeurs d'asile et/ou des familles en séjour illégal avec des enfants et/ou des MENA.

Il faut cependant souligner que si, théoriquement, les parents peuvent accompagner leurs enfants dans les centres, ils n'ont pas droit à l'aide matérielle. « Ils devraient donc se contenter de regarder leurs enfants bénéficier de l'aide matérielle »³⁸.

Par ailleurs, s'agissant des MENA, l'accueil se déroule, pendant une première phase, dans un centre d'observation et d'orientation pendant une

durée maximale de quinze jours, renouvelable une fois³⁹. La jurisprudence estime que cet accueil constitue une obligation de résultat dans le chef de FEDASIL⁴⁰. Après cette première phase, les mineurs doivent être transférés dans une autre structure plus adaptée ou plus adéquate⁴¹, ce qui est véritablement complexe : plusieurs autorités sont compétentes compte tenu des différents statuts des MENA (demandeurs d'asile ou non, provenant d'un État hors ou dans l'Espace économique européen, etc.), ce qui peut conduire à une dilution des responsabilités⁴².

En examinant attentivement les textes en la matière, force nous est de constater que certains enfants sont encore exclus de l'aide matérielle.

La loi du 12 janvier 2007 organise elle-même plusieurs catégories de refus : lors de l'introduction d'une deuxième demande d'asile (article 4, alinéa 1^{er}), en cas de refus du lieu de résidence désigné par l'autorité compétente (article 4, alinéa 2) et en cas de manquement très grave au règlement d'ordre intérieur de la structure d'accueil (article 45, alinéa 2, 7^o)⁴³. Comme peuvent en témoigner les travailleurs sur le terrain, ces exclusions sont dramatiques dans le chef des mineurs qui se retrouvent à la rue et bien souvent disparaissent⁴⁴.

Plus récemment, un Protocole de collaboration relatif à l'enregistrement des personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés non demandeurs d'asile signalés sur le territoire belge a été établi le 28 janvier 2013 entre FEDASIL, l'Office des étrangers et le Service des tutelles⁴⁵. Ce texte – non réglementaire selon ses auteurs alors qu'il déroge aux procédures prévues dans les textes législatifs – prévoit, notamment, que ces MENA non demandeurs d'asile doivent, après avoir été interceptés ou signalés, être conduits à l'Office en vue de leur enregistrement ou, si l'on ne peut les transporter, s'y rendre eux-mêmes sur convocation. S'ils font défaut à deux convocations⁴⁶, une décision de majorité est prise par le Service des tutelles et les jeunes ne bénéficient plus de l'aide matérielle – sauf s'il n'y a aucun doute sur leur âge.

34. Cons. const., 29 juin 1994, n° 51/94, B.4.3. À ce sujet, M. Dallemaigne, P. Lambillon, J.-Ch. Stevens, *op. cit.*, p. 733. Également J. Fierens *op. cit.*, p. 46.

35. Voir les articles 3, 6, 40, 41, 59 et 60 de la loi du 12 janvier 2007 ; l'article 57, §2, de la loi du 8 juillet 1976 et l'A.R. du 24 juin 2004 visant à fixer les conditions et modalités pour l'octroi d'une aide matérielle à un enfant étranger mineur qui séjourne avec ses parents illégalement dans le Royaume.

36. L., 12 janv. 2007, art. 2, 6^o. Pour plus de développements, voir M. Beys et K. Fournier, « L'accueil des mineurs étrangers non accompagnés : un aperçu du cadre juridique face aux pratiques de crise et aux violences institutionnelles », *JDJ*, n° 321, 2013, p. 23 et s.

37. <http://fedasil.be/fr/contenus/les-autres-centres>. Cependant les Informations selon lesquelles FEDASIL va réduire son réseau d'accueil dès le 1^{er} janvier 2014 (http://www.lavenir.net/article/detail.aspx?articleid=dmj20131210_00402156, 10 déc. 2013 et http://www.lavenir.net/article/detail.aspx?articleid=DMF20141211_00572244, 11 déc. 2014). Cette diminution s'est bien confirmée dans les faits puisqu'à la fin de l'année 2013, il y avait encore 52 centres.

38. J. Fierens, *op. cit.*, p. 47.

39. A. R., 9 avr. 2007, déterminant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux centres d'observation et d'orientation pour les mineurs étrangers non accompagnés. Dans les faits, ce délai est régulièrement dépassé (M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 20).

40. M. Dallemaigne, P. Lambillon, J.-Ch. Stevens, *op. cit.*, p. 763 et 776 et les références citées en notes 146 et 228.

41. A. R., 9 avr. 2007, préc., art. 7.

42. Pour plus de détails, voir M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 21 et 22.

43. Instr. de FEDASIL, 4 mai 2012, relative « à la procédure d'exclusion temporaire » prévoit que la sanction d'exclusion temporaire ne peut être appliquée aux mineurs. Sur le terrain, certains jeunes ont cependant déjà fait l'objet d'une telle sanction.

44. L. Louckx, « La galère de Medhi », *JDJ*, n° 321, 2013, p. 13 et A.-S. Leloup, « L'aide aux enfants étrangers : il faut sortir la grosse artilerie ! », *JDJ*, n° 321, 2013, p. 14 et 15.

45. Le protocole est disponible sur le site : http://www.cire.be/services/structure-daccueil-des-demandeurs-dasile/bibliotheque-juridique/cat_view/4-bibliotheque-juridique-de-l-accueil/49-legislation/9-instructions-de-fedasil.

46. Dont on se demande où elles sont envoyées, ces jeunes étant en général à ce stade de la procédure sans domicile, sans avocat, sans tuteur...

Ainsi, par un « tour de magie »⁴⁷, certains mineurs, dans les faits, sont devenus majeurs et n'ont plus eu accès à l'aide matérielle organisée par la loi.

Le Conseil d'État a cependant – et fort heureusement – annulé ce Protocole de collaboration le 18 décembre 2014. Il a estimé qu'il s'agissait bien d'un texte réglementaire et a donc décidé l'annulation⁴⁸.

Outre ces écueils dans les textes, la situation est encore plus dramatique sur le terrain.

Tout d'abord, les centres ne sont pas réellement adaptés aux enfants et ne permettent pas un véritable respect de leurs droits fondamentaux⁴⁹ : nombreux sont les enfants déscolarisés⁵⁰, leur intimité n'est pas préservée, l'accompagnement médical, social, psychologique, juridique et linguistique rencontre des difficultés pratiques⁵¹. Les changements de résidence sont également source d'une violation des droits du mineur⁵², qui doit, en outre, faire face à l'angoisse de se retrouver à la rue dès passé le cap fatidique de la majorité⁵³.

Ensuite, la Belgique connaît, depuis 2008, une « crise d'accueil », la capacité des centres étant « saturée »⁵⁴. Dès lors, FEDASIL, en complète contrariété avec ses obligations légales, refuse régulièrement l'accueil sollicité ou place les enfants dans des hôtels⁵⁵ sans que ne soit garantie la protection de leurs droits fondamentaux⁵⁶. Ces refus sont quasi-systématiques pour les enfants accompagnés de leurs parents en séjour illégal ainsi que pour les MENA non demandeurs d'asile âgés de plus de 13 ans⁵⁷. Les parents ou MENA s'adressent alors aux CPAS qui déclinent leur responsabilité, ce qui contraint à des poursuites devant les juridictions du travail. Celles-ci

47. E. Aubin, « Conclusions », *Vulnérabilité des étrangers et droits fondamentaux*, Colloque organisé par la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 8 nov. 2013.

48. CE, 18 déc. 2014, n° 2296006.

49. Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Belgique, 2010, p. 16 ; Recommandation n° 3 de la Résolution du Parlement européen sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, 12 sept. 2013, n° 2012/2263 ; Jacques Fierens, *op. cit.*, p. 47.

50. Il s'agit pourtant d'un droit fondamental : Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 2005, p. 14. Sur cette question, L. Van der Venner, « L'accès à l'enseignement des MENA en Belgique », *JDJ*, n° 321, 2013, p. 27-31.

51. M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 23-25.

52. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 2005, p. 13.

53. Recommandation n° 22 de la Résolution du Parlement européen sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, 12 sept. 2013, n° 2012/2263.

54. CEDS, 23 oct. 2012, *Défense des Enfants International (DEI) c/ Belgique*, n° 69/2011, § 77 ; M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 20 ; M. Dallemagne, P. Lambillon, J.-Ch. Stevens, *op. cit.*, p. 738 ; J. Fierens, *op. cit.*, p. 47. Pour une idée approximative des chiffres, v. la décision du Comité européen des droits sociaux.

55. Les modalités de l'accueil dans les hôtels et autres « structures d'accueil d'urgence » sont prévues dans la loi du 12 janvier 2007, art. 18. Cependant, dans les faits, ces modalités n'ont pas toujours été respectées.

56. Sur le caractère inapproprié de cet accueil, voir CEDS, 23 oct. 2012, *Défense des Enfants International (DEI) c/ Belgique*, n° 69/2011, § 82. Également Croix-Rouge de Belgique, *Action urgente auprès des hôtels. Évaluation et bilan*, 2009 cité par M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 21, note 32.

57. Sauf s'il s'agit d'un ou d'une MENA de plus de 13 ans enceinte, mère, présumée victime de traite des êtres humains ou souffrant de troubles médicaux ou psychologiques. Voir Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Belgique, 2010, p. 15 ; M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 20 ; J. Blanc e. a., « Mineurs étrangers non accompagnés sans protection en Europe », *Projet PUCAFREU*, 2013, p. 24-25.

condamnent régulièrement FEDASIL et/ou les CPAS pour traitements inhumains et dégradants (violation de l'article 3 de la Conv. EDH) et/ou atteinte aux droits de l'enfant – sur base de la CIDE ou de l'article 22bis de la Constitution – et obligent les autorités belges compétentes soit à trouver une place dans un centre pour les requérants soit à leur octroyer une aide sociale financière⁵⁸, parfois sous peine d'astreinte. En attendant, les enfants sont dans la rue et, parfois, disparaissent⁵⁹.

Signalons ici que les autorités compétentes étaient parfaitement informées de la situation puisqu'elles ont instauré un dispositif d'urgence lors de l'hiver 2013 au cours duquel les températures sont descendues en-dessous de zéro degré, ce qui a fait dire à certains, assez cyniquement : « il est vrai que par temps doux, le risque est moins grand de trouver un de ces jeunes migrants mort de froid dans la rue. Là, ça peut faire tache et même coûter une réélection »⁶⁰.

La situation était devenue tellement grave que Défense des Enfants International, une organisation non gouvernementale visant à protéger les droits de l'enfant, a introduit un recours collectif auprès du Comité européen des droits sociaux pour violation de la Charte sociale européenne. Le 23 octobre 2012, le Comité a fait droit à sa demande et a condamné l'État belge pour violation des articles 7, §10, 11, §§1 et 3, et 17, §1, de la Charte⁶¹.

Cette organisation non gouvernementale a également introduit une action en référé auprès du Président du tribunal du travail de Bruxelles visant à faire condamner l'État belge et FEDASIL à respecter les engagements internationaux pris en faveur des enfants et à respecter la loi d'accueil. Elle avait en effet constaté que seuls les MENA les plus débrouillards parvenaient à obtenir en justice une décision de placement dans un centre d'accueil et que les plus démunis parmi eux se retrouvaient dans la rue. Le Président s'est cependant retrouvé face à un obstacle de recevabilité, le droit belge n'autorisant pas ce type de recours « collectif ». Une question préjudicielle a alors été posée à la Cour constitutionnelle. Celle-ci a estimé qu'il y avait effectivement une lacune législative discriminatoire : l'absence d'une disposition législative précisant à quelles conditions un droit d'action peut être reconnu aux personnes morales souhaitant exercer une action correspondant à leur but statutaire et visant à la protection des libertés

58. Exemples : TT Bruxelles, 22 févr. 2011, *JDJ*, n° 321, 2013, p. 16 (extraits) ; TT Bruxelles, 14 mars 2011, *JDJ*, n° 321, 2013, p. 16 (extraits) ; TT, 26 mars 2012, *JDJ*, n° 321, 2013, p. 16 (extraits) ; TT Bruxelles, 4 oct. 2012, *JDJ*, n° 321, 2013, p. 17 (extraits). Pour plus de détails, M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 21 ; P. Hubert, Ch. Maes, J. Martens, K. Stangherlin, *op. cit.*, p. 223 et s. ; M. Dallemagne, P. Lambillon, J.-Ch. Stevens, *op. cit.*, p. 803 et s. et p. 842 et s.

59. Voir les récits de deux travailleurs qui ont accompagné de nombreux jeunes dans cette « galère » : L. Louckx, *op. cit.*, p. 10 à 13 et A.-S. Leloup, *op. cit.*, p. 14 et 15. Également Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Belgique, 2010, p. 13.

60. B. Van Keirsbilck, « Les MENA sont d'abord des enfants comme les autres », *JDJ*, n° 321, 2013, p. 1. Également « Dernière minute », *ibid.*, p. 14.

61. CEDS, 23 oct. 2012, *Défense des Enfants International (DEI) c/ Belgique*, n° 69/2011.

fondamentales telles qu'elles sont reconnues par la Constitution et par les traités internationaux auxquels la Belgique est partie viole les articles 10 et 11 de la Constitution⁶². Espérons que le législateur belge réagisse à cette interpellation et comble cette carence législative⁶³.

À l'heure actuelle, la crise de l'accueil semble s'être calmée et, à tout le moins pour les MENA, une place dans un centre semble *a priori* garantie. FEDASIL prévoit d'ailleurs de diminuer le réseau d'accueil, au 1^{er} janvier 2014, celui-ci n'étant occupé, selon ses affirmations, qu'à 71 %⁶⁴. Pourtant, il y a encore des enfants dans la rue⁶⁵.

B. La détention des enfants étrangers

La problématique de la détention ou de la rétention des enfants étrangers trouve son origine dans le célèbre arrêt *Tabitha* prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 12 octobre 2006⁶⁶. Cet arrêt a été suivi d'une série de décisions strasbourgeoises par lesquelles la Belgique, la France et la Grèce ont été condamnées pour violation des articles 3 et/ou 5 et/ou 8⁶⁷ de la Convention⁶⁸. Je ne pourrai approfondir cette jurisprudence dans le présent article et renvoie le lecteur aux excellentes contributions qui ont été publiées sur le sujet⁶⁹.

62. Cons. const., 10 oct. 2013, n° 133/2013, dispositif.

63. B. Van Keirsbilck, « Droit d'action des associations. Un pas significatif vers une meilleure reconnaissance des droits fondamentaux en Belgique », *JDf*, n° 329, 2013, p. 28 et 29. Proposition de loi du 21 octobre 2014 modifiant le Code judiciaire en vue d'accorder aux associations le droit d'introduire une action d'intérêt collectif, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-0466/001 et Proposition de loi du 21 octobre 2014 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État en vue d'accorder aux associations le droit d'introduire une action d'intérêt collectif, *Doc. parl.*, ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-0465/001.

64. Voir http://www.lavenir.net/article/detail.aspx?articleid=dmf20131210_00402156, 10 décembre 2013 et http://www.lavenir.net/article/detail.aspx?articleid=DMF20141211_00572244, 11 déc. 2014.

65. Pour exemple : <http://www.lesoir.be/353551/article/actualite/regions/bruxelles/2015-11-04/squatters-du-gesu-deloges-une-expulsion-inutile-video>. Voir également J. Blanc e. a., *op. cit.*, p. 55.

66. CEDH, 12 oct. 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, n° 13178/03.

67. Voir à cet égard la belle évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans l'arrêt du 19 janvier 2012, *Popov c/ France*, n° 39472/07 et 39474/07, § 132-148.

68. CEDH, 19 janv. 2010, *Muskhadzhiyeva e. a. c/ Belgique*, n° 41442 ; CEDH, 13 déc. 2011, *Kanagaratnam et a. c/ Belgique*, n° 15297/09 ; CEDH, 5 avr. 2011, *Rahimi c/ Grèce*, n° 8687/08 ; CEDH, 19 janv. 2012, *Popov c/ France*, n° 39472/07 et 39474/07 ; CEDH, 31 juill. 2012, *Mahmundi c/ Grèce*, n° 14902/10 ; CEDH, 24 oct. 2013, *Houssein c/ Grèce*, n° 71825/11. *Contra* Cass. fr., 10 déc. 2009, *JDffr.*, 2010, liv. 291, p. 44 ; CE, 12 juin 2006, *Clmade et Gisti*, n° 282275 ; CE, 18 nov. 2011, *ADDE et a.*, n° 335532. Voir cependant Cass., 28 mars 2012, cité par C.-A. Chassin, dont les silences semblent, implicitement, pour l'auteur, amorcer une évolution jurisprudentielle (« La rétention des étrangers mineurs accompagnant leurs parents (CEDH, 19 janv. 2012, *Popov c/ France*) », *RTDH*, 95/2013, p. 688 et 689).

69. V. J. Flerens, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *JT*, 2010, p. 357-362 ; M.-F. Valette, « La vulnérabilité de l'enfant au gré des migrations », *RTDH*, 89/2012, p. 103-123 ; C.-A. Chassin, *op. cit.*, p. 681-696 ; B. Masson, « Un enfant n'est pas un étranger comme un autre », *CEDH, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, 12 oct. 2006, *RTDH*, 71/2007, p. 823-835 ; N. Hervieu, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnés d'enfants », dans *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 22 janv. 2012 ; N. Hervieu, S. Slama, « Enfants en rétention : une tragédie franco-européenne en quatre actes », <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

Jusqu'à cette intervention de la Cour, la détention des enfants mineurs étrangers sans titre de séjour n'était ni interdite, ni autorisée en Belgique, de telle sorte qu'elle se pratiquait dans les faits⁷⁰. Les cinglantes condamnations de Strasbourg ont contraint l'État belge à faire, petit à petit, évoluer la situation.

Avant tout, rappelons avec vigueur que la détention de mineurs pour des motifs liés aux politiques migratoires est en totale contrariété avec les droits fondamentaux de l'enfant et est désastreuse pour leur équilibre et leur développement⁷¹ : « les centres fermés en Belgique sont l'arrière-cour de la démocratie »⁷². Comme l'écrit Serge Slama, « la rétention n'est pas l'île aux enfants. Ce n'est pas un pays joyeux des enfants heureux. Et les policiers ne sont pas des monstres gentils »⁷³.

À cet égard, avec d'autres⁷⁴, nous regrettons que la Cour de Strasbourg n'ait pas été plus claire dans ses arrêts en condamnant fermement le principe de la détention des enfants pour des motifs uniquement liés à l'immigration (et non seulement les conditions concrètes de cet enfermement). Comment concevoir une telle détention au regard du principe fondamental de l'intérêt de l'enfant ?

Pour les familles avec enfants en séjour illégal, l'État belge a réagi en mettant en place, en 2009, comme alternative à l'enfermement, des « maisons de retour »⁷⁵. Des « *coachs* de retour » aident ces familles à régulariser leur séjour ou à préparer leur retour. Ils doivent, notamment, les informer et les accompagner socialement et psychologiquement. Cette initiative, positive selon plusieurs organisations non gouvernementales⁷⁶, a été qualifiée par la Secrétaire d'État compétente en matière d'asile et de migration à l'époque comme une « alternative valable pour l'organisation du retour de familles et pour l'accueil de familles à la frontière »⁷⁷.

70. J. Flerens, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 361 et 362.

71. Voir notamment les rapports cités dans CEDH, 13 déc. 2011, *Kanagaratnam et a. c/ Belgique*, n° 15297/09, § 40-44 ; la Recommandation n° 13 de la Résolution du Parlement européen sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, 12 sept. 2013, n° 2012/2263 : le Parlement « exhorte les États membres à respecter strictement l'obligation fondamentale de ne jamais, sans aucune exception, placer un mineur en détention » ; Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 2005, p. 13 et 18 ; Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Belgique, 2010, p. 16 ; A. Deswaef, « Peut-on enfermer des enfants ? Je vous le demande, peut-on enfermer des enfants ? », *JDf*, n° 262, 2007, p. 4-8.

72. Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme, 1999, <http://www.fidh.org/rapports/r277.htm>

73. S. Slama, « Voici venu le temps d'en finir avec la rétention arbitraire des enfants – À propos de l'arrêt *Popov* », *Aj pénal*, 2012, p. 281 cité par C.-A. Chassin, *op. cit.*, p. 682.

74. J. Flerens, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 362 ; M.-F. Valette, *op. cit.* ; N. Hervieu, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », *op. cit.* qui distingue une approche divergente de cette matière entre la deuxième chambre et la cinquième chambre de la Cour. Il faut aussi regretter la décision de refus de mesure provisoire du 1^{er} mars 2012 dans le cadre d'une affaire de détention d'un enfant en France (N. Hervieu, S. Slama, *op. cit.*).

75. A. R. 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 du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. V. J. Flerens, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 362 ; *Ibid.*, « Le droit belge : l'enfant et ses multiples visages », *op. cit.*, p. 45.

76. Voir www.cre.be, www.unicef.be, www.amnesty.be

77. <http://www.lalibre.be/actu/belgique/privileger-les-maisons-de-retour-51b8f2564b0de6db9c8546a>, 2 oct. 2012.

Malheureusement, le législateur belge a inséré, en 2011, un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980⁷⁸ qui prévoit que la détention des familles avec enfants mineurs est en principe interdite à moins que le lieu de détention ne soit adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs. Si l'objectif de la loi était à l'origine louable, à savoir mettre fin à la détention des enfants, le législateur, par l'introduction de cette exception, permet, à nouveau, l'enfermement de mineurs et ce en flagrante violation des droits fondamentaux protégés par les textes internationaux et par l'article 22 *bis* de la Constitution.

Un recours contre cet article 74/9 a été introduit devant la Cour constitutionnelle qui l'a cependant, à notre grand regret, rejeté, sous réserve de quelques interprétations mineures⁷⁹. Elle a ainsi jugé que la détention prévue par le législateur dans l'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980 telle qu'elle l'interprète n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant, ne peut être considérée comme un traitement inhumain ou dégradant, n'empêche pas les enfants de mener une vie conforme à la dignité humaine, ne porte pas atteinte à leur liberté individuelle, telle qu'elle est prévue dans la Constitution belge et dans les traités internationaux, ne viole pas leur droit à la vie privée et n'est pas discriminatoire.

La détention des MENA, quant à elle, semblerait définitivement révolue. Deux exceptions doivent cependant être signalées.

Premièrement, le « tour de magie » du Protocole susvisé qui a conduit à considérer certains mineurs comme majeurs, lesquels ne bénéficiaient alors plus de la protection accordée aux MENA. Cette hypothèse ne semble cependant plus possible aujourd'hui grâce à l'arrêt récent du Conseil d'Etat qui a annulé le Protocole⁸⁰.

Deuxièmement, lorsqu'il y a un doute sur la minorité du jeune, des tests médicaux⁸¹ sont réalisés par le Service des tutelles. Celui-ci doit rendre une décision dans les trois jours, délai qui peut être prolongé de trois jours⁸². Durant cette période, le mineur est détenu.

À la question posée dans l'introduction, « L'enfant étranger, en Belgique, est-il perçu comme un enfant ou comme un étranger ? », nous pouvons proposer une brève réponse qui suit le rythme d'une valse en trois temps.

78. V. également A. R., 17 sept. 2014, déterminant le contenu de la convention et les sanctions pouvant être prises en exécution de l'article 74/9, § 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

79. Cons. const., 19 déc. 2013, n° 166/2013.

80. CE, 18 déc. 2014, n° 229606.

81. Il s'agit de tests osseux qui sont très controversés. V. notamment la Recommandation n° 15 de la Résolution du Parlement européen sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, 12 sept. 2015, n° 2012/2263 : le Parlement « déplore le caractère inadapté et invasif des techniques médicales utilisées pour la détermination de l'âge dans certains États membres, parce qu'elles peuvent occasionner des traumatismes et parce que certaines de ces méthodes, basées sur l'âge osseux ou sur la minéralisation dentaire, restent controversées et présentent de grandes marges d'erreur ».

82. L., 12 janv. 2007, art. 41, § 2. Sur cette procédure, M. Beys et K. Fournier, *op. cit.*, p. 19.

Le premier temps de la valse est encourageant : les enfants étrangers en séjour illégal ou demandeurs d'asile jouissent incontestablement des droits fondamentaux protégés dans les textes internationaux et dans la Constitution. L'enfant occupe le devant de la scène ; sa vulnérabilité, qui implique une protection renforcée, est admise par tous.

Puis vient le second temps de la valse qui s'inscrit dans les textes législatifs et réglementaires encadrant le statut de l'enfant étranger, plus particulièrement ici, son accueil et sa détention. En quelques notes, le ciel s'obscurcit, la protection des droits fondamentaux recule. L'enfant reste un enfant mais il se colore de sa peau étrangère.

Enfin, nous arrivons au troisième temps de la valse, celui du monde dur et sombre de la réalité concrète du terrain. Même les textes, pourtant lacunaires, ne sont pas entièrement respectés dans les faits : il n'y a pas assez de places d'accueil, certains jeunes sont enfermés, des enfants ont pu devenir adultes pour non-respect d'une procédure administrative, d'autres enfants vivent – ou plutôt survivent – dans la rue. L'enfant disparaît, seul l'étranger reste.

En 1948, la Déclaration universelle des droits de l'Homme proclamait que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit [et qu'ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité].

En 2015, soixante-sept ans plus tard, certains hommes, certains enfants, sortent dans le contexte belge, encore et toujours, moins libres, moins égaux et moins dignes que d'autres. Quand cela cessera-t-il ?