

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### A quand la fin de l'enfermement des migrants ?

Van Der Plancke, Véronique; DESWAEF, Alexis

*Published in:*  
Journal des Tribunaux

*Publication date:*  
2012

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van Der Plancke, V & DESWAEF, A 2012, 'A quand la fin de l'enfermement des migrants ?', *Journal des Tribunaux*, numéro 6489, pp. 626-627.

#### **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.

## À quand la fin de l'enfermement des migrants ?

*La liberté, ce bien qui fait jouir des autres biens*

MONTESQUIEU

DANS UN MONDE qui se présente sans limites, qui s'intéresse encore à la liberté? Nous entendons celle qui rend possible la vie intime, la libération des potentialités humaines et la participation authentique à la vie publique. Celle d'aller, de découvrir, de rester ou de revenir. Celle de partir pour « renaître ailleurs »<sup>1</sup>. Franchissant les frontières des destins et des États. Alors qu'elle dessine les racines et les ailes de l'humanité, de la citoyenneté et de la démocratie, la liberté se voit aujourd'hui porter des atteintes multiples. L'enfermement des migrants en est une des expressions contemporaines majeures, justifiant le dépôt depuis une décennie, devant la Cour européenne des droits de l'homme, de multiples requêtes, notamment à l'encontre de la Belgique. Ce phénomène souleva une récente controverse entre Marc Bossuyt et Paul Martens<sup>2</sup>, le premier regrettant que la Cour strasbourgeoise, par ses nombreuses condamnations, rende toujours plus difficile une politique d'immigration<sup>3</sup> tandis que le second loue l'humanisation indispensable que cette jurisprudence européenne engendre. Nous constaterons, à notre tour, que la Cour ne nie en aucun cas le droit des États de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire, y compris via la restriction maximale de leur liberté, qu'ils soient adultes ou enfants, bien ou mal-portants; à ce jour, la Cour s'est en réalité principalement limitée à rappeler qu'une privation de liberté, particulièrement lorsqu'elle est infligée à des personnes qui n'ont commis aucune infraction, ne peut aboutir à les soumettre à des traitements inhumains ou dégradants. Un tour d'horizon jurisprudentiel en termes d'enfermement des migrants révèle ainsi que ce sont des pratiques circonstanciées, et non le principe même de l'enfermement de ces derniers, qui sont systématiquement condamnées. Plutôt que vers « un moins », c'est donc vers « un plus » de censure des politiques étatiques que nous inviterions la Cour à trancher, à l'avenir, en matière de détention des migrants et singulièrement des enfants.

(\*) Les éventuelles opinions exprimées n'engagent bien sûr pas la Cour.

(1) T. BEN JELLOUN, *Partir*, Paris, Gallimard, 2006, p. 60.

(2) Voy. « La Cour européenne des droits de l'homme entre idéaux humanistes et réalités politiques - L'immigration sous le prisme de la Cour européenne des droits de l'homme : Marc Bossuyt et Paul Martens en débattent », 5 juillet 2012, <http://www.justice-en-ligne.be/rubrique193.html>.

(3) Selon M. Bossuyt (*op. cit.*), « la Belgique vient de ravir à la Grèce le record du nombre d'arrêts de la Cour de Strasbourg constatant des violations, par un État membre de l'Union européenne, de l'interdiction de traitements inhumains concernant des demandeurs d'asile ». Il ajoute, non sans un apparent cynisme, que « la question se pose de savoir si, ainsi et en y ajoutant l'incapacité d'accueillir décemment des milliers de demandeurs d'asile, la Belgique n'a pas atteint le niveau de « défaillances systémiques », critère retenu par la Cour de justice de l'Union européenne de Luxembourg (arrêt du 21 décembre 2011) rendant impossible le transfert en vertu du règlement Dublin de demandeurs d'asile d'un État de l'Union européenne vers un autre (en l'espèce vers la Belgique) ».

La Belgique a déjà essuyé trois condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme mettant en cause sa politique de détention des mineurs étrangers : la première, datant de 2006, concernait la détention d'une fillette congolaise non accompagnée prénommée « Tabitha »<sup>4</sup>; pour les deux autres, prononcées respectivement en 2009<sup>5</sup> et 2011<sup>6</sup>, les enfants étaient détenus avec leur maman. Dans les trois arrêts, la Cour conclut à la violation de l'article 5, § 1<sup>er</sup>, f), de la Convention, au regard de la situation spécifique des mineurs privés de leur liberté *dans les mêmes conditions* que celles d'une personne adulte, lesquelles ne sont pas adaptées à leur situation d'extrême vulnérabilité liée à leur minorité. En prolongation, la Cour rappelle trois fois l'obligation incombant à l'État de « garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant était déterminante et prédominait sur la qualité d'étranger en séjour illégal ». La Belgique voit dès lors, à trois reprises, sa responsabilité engagée pour avoir infligé un traitement inhumain et dégradant à ces enfants migrants (article 3 de la Convention).

Pour aboutir à de telles conclusions de violation de l'article 3 notamment, il importe de relever que, dans son arrêt *Muskhadzhiyeva c. Belgique* de 2009, la Cour cite notamment des extraits d'une étude « Sum Research » sur la détention des mineurs étrangers, réalisée en 2007<sup>7</sup> et selon laquelle « le risque était grand d'aller vers un arrêt du développement chez les enfants, parce qu'ils étaient confrontés à un vide de sens tant au niveau des intervenants qu'au niveau des pa-

rents, eux-mêmes désespérés et donc incapables de rendre les événements acceptables pour leurs enfants et de diminuer leur anxiété » (§ 34). Dans son arrêt *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, rendu en 2011, la Cour renvoie aux conclusions, non moins accablantes, rendues en 2008 du psychiatre infanto-juvénile et professeur à l'U.C.L., le docteur Jean-Yves Hayez, décrivant « les impacts désastreux de l'enfermement sur le développement de l'enfant lequel se voit confronté au stress et à la révolte d'adultes désespérés, au manque de territoire personnel de vie et d'intimité, à la difficulté d'assimiler le fait qu'il est mis en prison, lui et ses parents, sans avoir rien fait de mal, à un sentiment d'infériorité et de désespoir radicaux, au trouble de l'image et de l'estime de soi, au doute sur la valeur des parents et de la famille, à l'appréciation erronée et pessimiste sur ce qui est permis et défendu et, plus radicalement, sur ce qui est bien et mal, à l'image négative de l'autorité sociale, injuste et dont il faut toujours se méfier et au développement d'un sentiment de haine et de désir de vengeance » (§ 41). Dans la foulée, la Cour rappelle également les observations sans appel du rapport dressé en 2009 par le médiateur fédéral belge estimant que « si le stress lié à la détention est présent chez tous les occupants, le poids psychologique de l'enfermement — et de la privation de liberté — se manifeste plus encore au sein des familles avec enfant(s), et parmi les autres groupes vulnérables, comme les personnes handicapées, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés et les personnes souffrant de troubles psychologiques ». Le médiateur en conclut qu'« il doit être immédiatement mis un terme à l'enfermement d'enfants au regard des effets désastreux qu'il engendre sur leur équilibre et leur développement. Il n'est défendable ni juridiquement, ni médicalement » (§ 44).

Sans condamner explicitement le principe même de la détention des enfants étrangers, l'arrêt *Kanagaratnam* semble toutefois offrir des indices selon lesquels la Cour inclinerait dorénavant implicitement en ce sens. Ainsi, non seulement la Cour y « observe que le gouvernement [belge] reconnaît que l'enfermement des enfants pose un problème de principe sous l'angle de l'article 3 de la Convention et accueille positivement la décision prise par les autorités belges de ne plus procéder à la détention en centres fermés des familles en séjour illégal en Belgique » (§ 63). Mais en outre, elle condamne *in casu* la détention des enfants requérants alors même qu'aucun des « certificats médicaux [n']attesta[it] de troubles psychologiques ayant affecté les enfants durant leur détention et [...] malgré le fait que les enfants étaient plus âgés » que dans de précédentes affaires (§ 66). Enfin, sans se focaliser sur l'inadéquation des infrastructures à l'accueil et à l'âge des enfants, la Cour relève simplement qu'« en plaçant les enfants requérants en centre fermé, les autorités belges les ont exposés à des sentiments d'anxiété et d'infériorité et ont pris, en pleine connaissance de cause, le risque de compromettre leur développement » (§ 68).

(4) C.E.D.H., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 26 octobre 2006, req. n° 13178/03 (constat de violation des articles 3, 5, § 1<sup>er</sup>, 5, § 4 et 8, de la Conv. eur. dr. h.). Sur la détention d'enfant non accompagné, voy. également C.E.D.H., arrêt *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, req. n° 8687/08. La Cour a également été saisie, le 9 mars 2010, d'une requête n° 17161/10, *Moustapha Bikir c. Belgique*.

(5) C.E.D.H., arrêt *Muskhadzhiyeva c. Belgique* du 19 janvier 2009, req. n° 41442/07 (constat de violation des articles 3 et 5, § 1<sup>er</sup>, de la Conv. eur. dr. h.). En l'espèce, les requérants tchétchènes (une mère avec ses quatre enfants mineurs) furent détenus pendant un mois au Centre 127bis, en vue de leur transfert aux autorités polonaises sur la base de l'article 51/5 de la loi du 15 décembre 1980. Pour des commentaires de cette affaire, voy. notamment : J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, pp. 357-362; M.-B. DEMBOUR, « What it takes to have a case : The backstage story of *Muskhadzhiyeva v. Belgium* (illegality of children's immigration detention) », in E. LAMBERT ABDELGAWAD (ed.), *Preventing and sanctioning hindrance to the right of individual petition before the European Court of Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 75-103.

(6) C.E.D.H., arrêt *Kanagaratnam et autres c. Belgique* du 13 décembre 2011, req. n° 15297/09 (constat de violation des articles 3 et 5, § 1<sup>er</sup>, de la Conv. eur. dr. h.). L'affaire concerne la détention administrative, au Centre 127bis, d'une mère et de ses trois enfants mineurs, de nationalité srilankaise. La famille avait été refoulée à la frontière où elle avait introduit une demande d'asile et avait été placée en détention plus de trois mois, dans l'attente du traitement de sa demande, puis libérée en conséquence de l'octroi de la qualité de réfugié.

(7) Sum Research, « Étude portant sur les alternatives à la détention des familles avec enfants dans les centres fermés en vue de leur éloignement. Partie 2 : Vision et recommandations », février 2007.

Si, en 2011, la Cour tend à réprover structurellement le principe même d'une détention des mineurs étrangers, force est pourtant de regretter vivement son raisonnement dans l'arrêt *Popov c. France* rendu en 2012<sup>8</sup> qui revient — classiquement — à l'accepter moyennant de stricts aménagements conjoncturels<sup>9</sup>. Ainsi, la condamnation de la France sous l'angle de l'article 3 est exclusivement tributaire des circonstances de l'espèce : elle n'aurait pas été fustigée si la rétention de mineurs avait été opérée dans des conditions matérielles d'accueil satisfaisantes et appropriées, rigoureusement réglementées<sup>10</sup>. À ce stade, la jurisprudence de la Cour pourrait laisser penser que les modes de détention alternatifs — dotés d'infrastructures pleinement adaptées aux enfants — seraient aussi acceptables que de véritables alternatives à la détention, alors qu'en démocratie, la liberté doit toujours demeurer le principe et sa privation l'exception. Et que selon Unicef Belgique « l'amélioration des conditions de vie dans les centres fermés ne supprimera jamais l'impact négatif de la détention sur les enfants et la société »<sup>11</sup> : en effet, selon les experts, le « régime carcéral » des centres affecte par nature les mineurs d'âge.

Certes, l'arrêt *Popov* conclut à la violation des articles 5 et 8 de la Convention<sup>12</sup> dès lors qu'il n'a pas été recherché « si le placement en rétention administrative était une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne pouvait se substituer » (§ 119), telle une assignation à résidence ou un maintien en dispositif hôtelier (§ 146). Selon la Cour, « les requérants ne présentaient pas de risque particulier de fuite nécessitant leur détention. Ainsi, leur enfermement dans un centre fermé n'apparaissait pas justifié par un besoin social impérieux » (§ 145). Sur ce point, la Cour s'aligne sur une « doctrine » et une jurisprudence européennes aujourd'hui bien établies<sup>13</sup>. Ainsi, la directive européenne dites « retour », adoptée le 16 décembre 2008, prévoit que la procédure d'éloignement d'un étranger peut comprendre une série de mesures coercitives graduelles, parmi lesquelles la détention dans un centre

fermé est sans conteste la plus contraignante et ne doit dès lors être utilisée qu'en ultime recours, pour le temps strictement nécessaire au rapatriement dont les chances de réalisation sont raisonnables<sup>14 15</sup>. Les vingt-sept États membres de l'Union européenne devront désormais justifier, avant de recourir à la rétention administrative des étrangers (mineurs ou majeurs), avoir sérieusement examiné qu'il n'y avait pas d'autres mesures suffisantes mais moins contraignantes qui auraient pu être appliquées efficacement<sup>16</sup>. Gageons que les autorités administratives et judiciaires seront à la hauteur de cette nouvelle ambition?<sup>17</sup> On peine pourtant à être rassuré lorsqu'on constate, dans certains États, l'augmentation du nombre de places en centre de détention, la France passant, par exemple, de 2002 à 2006, de 786 à 1695 places<sup>18</sup>; la Belgique ayant, pour sa part, ouvert en mai 2012 un nouveau centre de transit (« Caricole »), offrant davantage d'intimité, de confort et d'activités récréatives aux personnes détenues, comme pour devenir irréprochable.

On serait aujourd'hui à mi-chemin. En théorie, personne ne peut plus contester que la déten-

tion des étrangers doit être une mesure de dernier ressort tant son impact préjudiciable est établi. Parallèlement, aucune norme ou instance — internationale ou nationale — n'interdit à ce jour radicalement la privation de liberté des migrants extrêmement vulnérables, tels les enfants<sup>19</sup> ou les individus gravement malades<sup>20</sup>, une fois les alternatives explorées sans succès. Cette ambivalence ne voue-t-elle pas à l'échec la recherche véritable de ces dernières? Française Tulkens aimait rappeler, en matière pénale, que la suppression préalable des prisons constituait une condition de possibilité et de fécondité d'une réflexion sur des sanctions autres que l'emprisonnement, stérile et pathogène. Par analogie, n'est-il pas temps d'admettre lucidement que seule une sortie définitive, inconditionnelle et irréversible des enfants migrants des centres fermés conduira à la mise sur pied d'alternatives durables? La présence d'un enfant n'est-il pas encore un facteur suffisant de réduction de la distance sociale entre les *habitus* des uns et des autres, permettant dès lors, au citoyen ordinaire, de percevoir une famille en séjour irrégulier comme une famille à protéger avant d'être des sans-papiers? Un raisonnement similaire vaudrait ensuite pour les personnes malades et autres catégories vulnérables pour s'étendre un jour, sans idéalisme juridique, mais par ambition démocratique, aux adultes bien portants et sans enfants.

Alexis DESWAEIF

Avocat au barreau de Bruxelles  
et président de la Ligue belge francophone  
des droits de l'homme

Véronique VAN DER PLANCKE<sup>21</sup>

Avocate au barreau de Bruxelles,  
vice-présidente de la Ligue belge francophone  
des droits de l'homme, chercheuse au Centre  
« Droits fondamentaux et lien social »  
des F.U.N.D.P. et chercheuse associée à l'U.C.L.

(8) C.E.D.H., arrêt *Popov c. France* du 19 janvier 2012, req. n<sup>os</sup> 39472/07 et 39474/07. L'affaire concerne le placement de deux enfants kazakhstaniens — âgés respectivement de cinq mois et trois ans — dans un centre de rétention administrative durant quinze jours en compagnie de leurs deux parents, en vue de leur renvoi vers leur pays d'origine.

(9) N. HERVIEU, « Enfants en rétention : la Cour de Strasbourg fustige fermement la pratique française sans en condamner le principe (C.E.D.H., 5<sup>e</sup> sect., 19 janvier 2012, *Popov c. France*) - Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », 22 janvier 2012, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/author/combatsdroitshomme/>.

(10) Au critère matériel pour apprécier la violation de l'article 3, la Cour ajoute un critère personnel (le bas âge des enfants, §§ 101-103) et temporel (la durée de la détention, §§ 98-100).

(11) « La détention des enfants migrants en centres fermés », Unicef Belgique (mai 2011).

(12) Sans pouvoir développer, notons que l'arrêt *Popov* est exemplaire en ce qu'il a reconnu la violation de l'article 8 malgré le fait que la famille était réunie en entier au centre fermé.

(13) Voy. notamment C.E.D.H., arrêt *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique* du 20 décembre 2011, req. n<sup>o</sup> 10486/10. La Cour juge la détention irrégulière sous l'angle de l'article 5 en ce que les autorités compétentes n'ont pas « envisagé une mesure moins sévère » alors que de nombreux éléments — révélant une absence de risque de fuite — auraient dû conduire à privilégier des mesures moins contraignantes (§§ 124-125).

(14) Voy. le considérant n<sup>o</sup> 16 et l'article 15 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et les articles 23, § 4, c), i), 30 et 31, de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres. La portée de ces dispositions a été précisée dans l'arrêt C.J.U.E., *Hassen El Dridi*, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, n<sup>o</sup> 41-42. La directive 2008/115/CE, dite « retour », devait être transposée par les vingt-sept États membres de l'Union européenne pour le 24 décembre 2010.

(15) Dans un récent arrêt contre la Belgique, la Cour de Strasbourg juge irrégulière, pour certaines périodes, la détention administrative d'un étranger de nationalité irakienne, condamné pour terrorisme, dès lors qu'elle ne présentait qu'un impératif de sécurité, mais plus aucun lien avec une perspective réaliste d'éloignement du territoire belge sans enfreindre les obligations découlant de la Convention. Le gouvernement belge n'avait en effet fourni aucun élément attestant qu'à ce stade des contacts avaient été pris avec des pays tiers. Voy. C.E.D.H., arrêt *M.S. c. Belgique* du 31 janvier 2012, req. n<sup>o</sup> 50012/08 (J.T., 5 mai 2012, pp. 351-355).

(16) En Belgique, la directive 2008/115/CE fut partiellement transposée par loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 17 février 2012. Cette loi modifie les articles 7, 8bis, § 4 et 27, de la loi du 15 décembre 1980. Toutes les dispositions sur la base desquelles une détention peut être prononcée n'ont donc pas été revues. L'accord du gouvernement précise toutefois que dorénavant, on ne recourra à la détention qu'en cas d'échec d'alternatives moins contraignantes. On peut donc légitimement espérer que de telles alternatives seront recherchées par l'Office des étrangers pour toutes les formes de détention et pas uniquement pour celles reprises dans la loi du 15 décembre 1980. Pour plus de précision à ce sujet, voy. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Migratio - Rapport annuel 2011*, Bruxelles, 2012, pp. 150-151.

(17) La Cour de cassation belge vient de rendre un arrêt encourageant à ce sujet. Voy. Cass. b., 27 juin 2012, *État belge c. A.N.*, n<sup>o</sup> P.12.1028.F, inédit.

(18) Voy. A. SPIRE, *Accueillir ou reconduire - Enquête sur les guichets de l'immigration*, Paris, Raisons d'Agir, 2008, p. 108. Voy. aussi, quant aux tendances européennes à la multiplication des lieux de détention : Migreurop, *Atlas des migrations en Europe - Géographie critique des politiques migratoires*, Paris, Armand Colin, 2009, pp. 63 et s. Quant aux théories d'Agamben notamment sur l'exercice de la souveraineté des États à travers « l'usage sans limite de la coercition sur les corps dénués de toute valeur juridique », voy. E. L'HELGOUALC'H, *Panique aux frontières - Enquête sur cette Europe qui se ferme*, Paris, Max Milo, 2011, p. 70.

(19) Voy., récemment, la loi belge du 16 novembre 2011 insérant un article 74/9 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en ce qui concerne l'interdiction de détention d'enfants en centres fermés (*M.B.*, 17 février 2012). Cette loi introduit elle-même des exceptions à l'interdiction proclamée dans son intitulé, en autorisant la détention dans les cas où elle ne peut être évitée, pour un « temps limité » dans un « logement adapté » en centre fermé, le tout en laissant une significative marge d'appréciation à l'administration et au juge, ce qui lui vaut de sérieuses critiques. Voy. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *op cit.*, p. 145; Plate-forme mineur en exil, communiqué de presse : « Les enfants n'ont pas leur place en centre fermé », 21 mars 2012. Il en va de même de la circulaire française du 6 juillet 2012, adoptée à la suite de l'arrêt *Popov*, et relative à la mise en œuvre de l'assignation à résidence prévue à l'article L.561-2 du C.E.S.E.D.A., en alternative au placement des familles en rétention administrative sur le fondement de l'article L.551-1 du même Code.

(20) Voy. notamment l'arrêt précité : C.E.D.H., *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011, req. n<sup>o</sup> 10486/10 (constat de violation des articles 3 et 5 de la Conv. eur. dr. h.). En réalité, ce n'est pas la détention en soi de la requérante camerounaise gravement malade qui est jugée problématique, mais le fait qu'une femme souffrant du VIH à un stade avancé, a dû attendre douze semaines avant de recevoir des médicaments antirétroviraux, ce qui est constitutif de traitement inhumain et dégradant. Le manque inacceptable de diligence des autorités belges a engendré un retard dans l'identification et l'administration du traitement dont elle avait un besoin vital, accélérant la dégradation de son état de santé.

(21) C'est en qualité de président et vice-présidente de la Ligue belge francophone des droits de l'homme que les auteurs s'expriment dans le présent article.