

## **NANSEN NOTE 2018/2 – La détention de familles de migrants avec enfants mineurs**

*La NANSEN NOTE est un outil thématique destiné aux praticiens du droit et aux avocats qui assistent les personnes bénéficiant d'une protection internationale. Elle encadre et analyse juridiquement une pratique qui influence l'accès à la protection internationale et la jouissance de celle-ci, ainsi que le droit à la liberté et les standards de protection en matière de détention. En fil rouge, une attention particulière est accordée à la vulnérabilité, à la détention et à l'accès effectif à une assistance juridique de qualité.*

### Table des matières

<b>1. Introduction.....</b>	<b>2</b>
<b>2. Détention d'enfants migrants en Belgique .....</b>	<b>3</b>
a. Contexte	3
b. L'ancrage de la détention de migrants dans la loi	4
c. Nouvelles mesures d'exécution : l'Arrêté Royal de 2018	6
<b>3. Une approche des droits de l'enfant : principes généraux .....</b>	<b>7</b>
a. Les enfants : toujours enfant et vulnérable d'abord	7
b. Intérêt supérieur de l'enfant	8
<b>4. Détention des familles de migrants avec enfants mineurs .....</b>	<b>10</b>
a. En droit international : la détention d'enfants est purement et simplement interdite	11
b. En droit régional : la détention des enfants est l'exception	13
i. Droit à la liberté et à la sécurité	15
ii. Droit à la vie familiale et privée	17
iii. Droit à des conditions adaptées	20
iv. Les directives Retour et Accueil	20
v. Droit d'être entendu	23
<b>5. Conditions de détention .....</b>	<b>25</b>
a. La détention des enfants est toujours néfaste, quelles qu'en soient les conditions	25
b. Conditions de détention adaptées : quelles sont les exigences ?	28
c. Évaluation des conditions de détention en maisons familiales et au centre de rapatriement 127bis	33
i. Clôtures, caméras, surveillants, pollution de l'air et nuisances sonores : un environnement inadapté	33
ii. Formation du personnel	37
iii. Risque d'arrestation traumatique : transfert dans les maisons familiales fermées	38
<b>6. Conclusion .....</b>	<b>38</b>

## 1. Introduction

Détenir un enfant à cause de son statut migratoire constitue une violation du droit international. Cette violation est plurielle et commence par la détention *en soi*, indépendamment de ses conditions. Parce qu'un enfant est vulnérable, en particulier un enfant en séjour précaire, toute détention constitue une atteinte grave à ses droits. Porter gravement atteinte aux droits d'un enfant ne saurait être en conformité avec le principe juridique directeur en cette matière : le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Lorsque, toutefois, la détention d'enfants est appliquée, en contravention avec le droit international, il convient de constater que la détention et les conditions de la détention violent aussi le droit international, européen et national à différents niveaux. Ainsi, les articles 3, 5 et 8 de la Conv. eur. D.H. sont gravement mis en péril.

La loi belge (art. 74/9 de la loi du 15 décembre 1980, introduit par la loi du 16 novembre 2011) autorise, en théorie et dans des conditions précises, la détention de familles avec des enfants mineurs en centres fermés. La reprise, en pratique, de la détention de familles avec enfants au cours de l'été 2018 constitue une évolution importante en matière de droits de l'homme, de droits des migrants, de droits de l'enfant et de privation de liberté en Belgique.

La reprise de la détention d'enfants migrants se situe à l'intersection de deux priorités de travail de NANSEN. D'une part, NANSEN accomplit un travail spécifique dans le domaine des standards de protection en détention, dont un programme de visites régulières dans des centres fermés et une attention particulière accordée à certaines catégories, parmi lesquelles les profils vulnérables. Par ailleurs, NANSEN est le partenaire national du projet d'aide juridique du UNHCR et collabore notamment avec des avocats pour soutenir la mise en place d'une assistance juridique de bonne qualité, accessible et efficace pour tous, même en détention, et de la renforcer.

La présente note expose, d'une part, le cadre juridique qui limite la détention d'enfants, voire qui l'exclut totalement. D'autre part, elle approfondit concrètement les conditions de détention et les effets néfastes de la détention sur le bien-être des enfants. Dans un premier temps, la note abordera le cadre belge et exposera la base légale de la réintroduction de la détention d'enfants. Dans un deuxième temps, elle présentera les deux principes transversaux, l'intérêt supérieur de l'enfant et la vulnérabilité de l'enfant. Par ailleurs, une troisième partie approfondira le contexte du droit international, interdisant purement et simplement la détention d'enfants migrants. Ensuite, une quatrième partie se penchera sur le contexte du droit européen régional. Une cinquième et dernière partie analysera en détail les conditions de détention concrètes dans les nouveaux logements FITT.

## 2. Détention d'enfants migrants en Belgique

### a. Contexte<sup>1</sup>

Jusqu'en octobre 2008, les mineurs maintenus en centres fermés en Belgique étaient soumis au régime général de détention des adultes. Après plusieurs condamnations par la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>2</sup> (ci-après : CEDH), l'État belge a été contraint de mettre fin à cette pratique.

La jurisprudence de la CEDH accorde la priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant. Lors de l'évaluation de cet intérêt supérieur, la Cour part toujours de la présomption que la situation extrêmement vulnérable des enfants est décisive et prévaut sur la qualité d'étranger en séjour illégal<sup>3</sup>. L'État belge a été condamné pour traitement inhumain sur la base de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : Conv. eur. D.H.) pour des conditions de détention inadéquates et sur la base de l'article 5 §1<sup>er</sup> de la Conv. eur. D.H. pour l'absence de lien entre le motif et le régime de détention puisque, dans le système juridique belge, des enfants ont été maintenus dans les mêmes conditions que des adultes. Dans son dernier jugement sur la détention d'enfants en Belgique, l'arrêt Kanagaratnam de 2011, la CEDH accueille positivement la décision de l'État belge de cesser d'enfermer des familles avec enfants :

*"La Cour observe que le Gouvernement 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 (paragraphe 44 ci-dessus)."*

*"Comme elle l'a récemment souligné, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est consacré par l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui doit prévaloir y compris dans le contexte d'une expulsion (Nunez c. Norvège, § 84, 28 juin 2011). Il faut donc partir de la présomption que les enfants étaient vulnérables tant en raison de leur qualité d'enfants que de leur histoire personnelle."<sup>4</sup>*

En mettant fin à cette pratique, les autorités belges ont développé d'autres projets comme les maisons de retour (également appelées logements Famille Identificatie Terugkeer Team - FITT) où des familles avec enfants en séjour illégal ainsi que des demandeurs d'asile sont hébergés aux frontières. Légalement, le placement dans ces maisons constitue une mesure de détention, mais, dans les faits, les familles en maisons de retour ont une liberté de mouvement restreinte. Depuis début 2012, les familles peuvent également résider dans leur

---

<sup>1</sup> Pour un aperçu complet des évolutions en matière de détention des enfants en Belgique, voir : Plate-forme Mineurs en exil, Détention des enfants en famille en Belgique : analyse de la théorie et de la pratique, décembre 2015, disponible sur : <http://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/Detention/2015-Detention-des-enfants-en-familles-FR.pdf>

<sup>2</sup> CEDH 12 octobre 2006, n° 13178/03, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* ; CEDH 19 janvier 2010, n° 41442/07, *Muskhadzhiyeva e.a. c. Belgique* ; CEDH 13 décembre 2011, n° 15297/09, *Kanagaratnam e.a. c. Belgique*.

<sup>3</sup> CEDH 12 octobre 2006, n° 13178/03, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, §55 ; CEDH 19 janvier 2010, n° 41442/07, *Muskhadzhiyeva e.a. c. Belgique*, §56 ; CEDH 13 décembre 2011, n° 15297/09, *Kanagaratnam e.a. c. Belgique*, §62.

<sup>4</sup> CEDH 13 décembre 2011, n° 15297/09, *Kanagaratnam e.a. c. Belgique*, §63 et §67.

habitation personnelle dans l'attente d'un retour volontaire sur la base d'une convention conclue avec l'Office des étrangers (ci-après : OE).<sup>5</sup>

En mai 2011, la question de la détention des enfants migrants est revenue au cœur de l'actualité avec l'annonce de la construction d'unités familiales fermées dans l'enceinte du centre 127bis.<sup>6</sup> Avec la loi du 16 novembre 2011, l'article 74/9 de la loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après : loi sur les étrangers) prévoit de nouveau légalement le maintien de familles avec enfants mineurs dans des conditions adaptées à leurs besoins. Enfin, la note de politique générale du Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, discutée et adoptée le 19 octobre 2017, a confirmé l'intention du gouvernement belge de construire un centre fermé adapté à la détention de familles avec enfants en séjour irrégulier.

## **b. L'ancrage de la détention de migrants dans la loi**

L'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980 constitue la base légale de la détention de mineurs accompagnés.

Il dispose :

*« § 1. Une famille avec enfants mineurs qui a pénétré dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées aux articles 2 ou 3, ou dont le séjour a cessé d'être régulier ou est irrégulier, n'est en principe pas placée dans un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2, à moins que celui-ci ne soit adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs.*

*§ 2. La famille avec enfants mineurs qui tente de pénétrer dans le Royaume sans satisfaire aux conditions fixées aux articles 2 ou 3 peut, en vue de procéder à l'éloignement, être maintenue dans un lieu déterminé, adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs et situé aux frontières, pour une durée aussi courte que possible.*

*§ 3. La famille visée au § 1er a la possibilité de résider, sous certaines conditions, dans une habitation personnelle, à moins qu'un des membres de la famille se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 3, alinéa 1er, 5° à 7°. Si la famille est dans l'impossibilité de résider dans une habitation personnelle, elle se verra attribuer, dans les mêmes conditions, un lieu de résidence dans un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2, adapté aux besoins des familles avec enfants.*

*Les conditions auxquelles la famille doit satisfaire sont formulées dans une convention conclue entre la famille et l'Office des étrangers.*

*Le Roi détermine le contenu de cette convention, ainsi que les sanctions applicables en cas de non-respect de la convention.*

---

<sup>5</sup> Arrêté royal du 17 septembre 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.

<sup>6</sup> Réponse du Ministre Wathelet à Théo Francken (NVA) à la Commission Intérieur de la Chambre, Compte-rendu analytique, 3 mai 2011 : « Une demande de permis de bâtir a été introduite en vue de construire au sein du domaine du centre de rapatriement 127bis des unités de logement pour les familles qui ne respectent pas les règles des unités de logement. Nous ne pouvons pas les retenir dans des centres fermés: en effet, la Belgique a déjà été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour cette raison. J'espère que le permis de bâtir sera rapidement approuvé et que les logements préfabriqués pourront être mis en place. Normalement, cette opération devrait s'achever cette année encore ». <http://www.dekamer.be/doc/CCRA/pdf/53/ac212.pdf>

*La famille ne peut être placée dans un lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2, pendant une durée limitée que si elle ne respecte pas les conditions visées à l'alinéa 2, à moins que d'autres mesures radicales mais moins contraignantes puissent efficacement être appliquées.*

*§ 4. La famille visée aux §§ 1er à 3 se voit attribuer un agent de soutien qui l'accompagne, l'informe et la conseille.] »*

Le législateur avait pour intention d'éviter la détention d'enfants mineurs.<sup>7</sup> L'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980 commence donc par une interdiction de principe de la détention des enfants. L'article prévoit à titre subsidiaire que, dans des circonstances exceptionnelles, des familles avec enfants mineurs peuvent tout de même être maintenues, pendant une durée limitée, dans des conditions adaptées à leurs besoins.<sup>8</sup>

L'article de loi opère une distinction entre deux catégories de familles ; d'une part, les familles en séjour illégal (§1<sup>er</sup> et §3) sur le territoire et, d'autre part, les familles qui arrivent à la frontière sans les documents nécessaires pour pénétrer sur le territoire (§2).

Dans le premier cas, la famille peut en principe rester dans son domicile pour organiser son retour, dans le cadre d'une convention conclue avec l'Office des étrangers.<sup>9</sup> En cas d'impossibilité de retour, un lieu de résidence au sens de l'article 74/8, §2 de la loi du 15 décembre 1980 ('maison de retour') sera alors attribué à la famille<sup>10</sup>. Si la famille ne coopère pas à son retour effectif et si des mesures moins contraignantes ne peuvent être appliquées efficacement, elle peut être maintenue en centre fermé pour une durée limitée.<sup>11</sup>

La Cour constitutionnelle précise qu'en application de l'article 74/9 de la loi sur les étrangers, la décision de détention ne peut pas être prise automatiquement après avoir constaté que le projet de retour depuis une habitation personnelle ou une maison de retour a échoué. La nécessité d'un maintien en résidence et la proportionnalité de cette mesure, ainsi que l'impossibilité d'appliquer des mesures moins contraignantes doivent être démontrés.

*« (...) Selon les termes de l'article 74/9, § 3, alinéa 4, de la loi du 15 décembre 1980, ce n'est que si la famille « maintenue » en résidence dans une habitation personnelle ou dans un lieu de résidence qui lui a été « attribué » ne respecte pas les conditions formulées dans la convention conclue avec l'Office des étrangers, et s'il est impossible d'appliquer efficacement d'autres mesures radicales mais moins contraignantes, que la famille peut être « placée », pendant une durée limitée, dans un « lieu tel que visé à l'article 74/8, § 2 » de la même loi. »<sup>12</sup>*

Aux frontières, une famille peut être immédiatement maintenue en vue de son éloignement dans un 'lieu situé aux frontières' en vertu de l'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980. Le but de ce maintien est exposé dans les travaux parlementaires :

<sup>7</sup> Cour constitutionnelle, 19 décembre 2013, arrêt n° 166/2013, p. 10.

<sup>8</sup> Cour constitutionnelle, 19 décembre 2013, arrêt n° 166/2013, p. 22.

<sup>9</sup> Arrêté royal du 17 septembre 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.

<sup>10</sup> Cour constitutionnelle, 19 décembre 2013, arrêt n° 166/2013, p. 6.

<sup>11</sup> Cour constitutionnelle, 19 décembre 2013, arrêt n° 166/2013, pp. 4, 22.

<sup>12</sup> Cour constitutionnelle, 19 décembre 2013, arrêt n° 166/2013, p. 22.

« Dans la pratique, des familles avec enfants mineurs doivent elles aussi se soumettre à un contrôle à leur arrivée en Belgique et se tenir disponibles à cet effet. C'est pourquoi on maintient - fût-ce en la limitant à une période aussi courte que possible d'une durée maximale d'une semaine, renouvelable pour une nouvelle période maximale d'une semaine - la possibilité de maintenir une famille avec enfants mineurs à la frontière en vue de l'enregistrement, de l'obtention d'informations et d'autres formalités administratives. »<sup>13</sup>

En principe, une famille à la frontière sera maintenue dans une maison de retour.<sup>14</sup> La loi ne prévoit pas que des mesures moins contraignantes doivent d'abord être envisagées.<sup>16</sup>

### **c. Nouvelles mesures d'exécution : l'Arrêté Royal de 2018**

L'Arrêté Royal (ci-après : AR) du 2 juillet 2018 fixant le régime et les règles de fonctionnement des maisons familiales fermées a été publié le 1<sup>er</sup> août 2018<sup>17</sup>.

Pour les familles en séjour illégal, l'AR élabore un système de cascade comme le prescrit l'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980. L'AR indique qu'il ne peut être procédé à la détention qu'après avoir d'abord considéré des alternatives. Les alternatives à la détention sont, selon l'AR : la possibilité de résider dans l'habitation personnelle sous certaines conditions. Lorsque la famille ne respecte pas ces conditions, elle peut être maintenue « à moins que d'autres mesures radicales mais moins contraignantes puissent efficacement être appliquées ». Exemples de mesures : un avertissement, un maintien dans un logement ou des mesures préventives telles que prévues à l'article 74/14 de la loi du 15 décembre 1980 et à l'article 110quaterdecies de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 relatif à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Pour les familles à la frontière, l'AR prévoit un dispositif similaire. Elles ont d'abord la possibilité de résider dans un lieu d'hébergement ('maison de retour') avant d'être placées dans un centre fermé. Lorsqu'elles ne souhaitent pas rester dans leur domicile, elles peuvent être maintenues dans une maison familiale. La famille qui ne respecte pas les conditions requises pour séjourner dans le lieu d'hébergement peut aussi être placée en détention. Enfin, si l'un des membres de la famille constitue un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale, il peut être procédé immédiatement au maintien sans envisager d'autres mesures moins contraignantes. Dans son avis sur l'AR, le Conseil d'État soutient que le danger doit être établi sur la base de faits précis, dûment mentionnés dans la motivation de la décision.

---

<sup>13</sup> Doc. Parl., Chambre, 2010-2011, DOC 53-0326/001, p. 10.

<sup>14</sup> 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, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

<sup>15</sup> Cour constitutionnelle, 19 décembre 2013, arrêt n° 166/2013, pp. 4, 22, 24, 31.

<sup>16</sup> Pour la légalité de la détention aux frontières, voir NANSEN NOTE 2018-1, Demandeurs d'asile à la frontière, procédure à la frontière et détention, 17 avril 2018, disponible sur : <http://www.nansenrefugee.be/wp-content/uploads/2018/10/demandeurs-asile-frontiere-procedure-frontiere-detention.pdf>

<sup>17</sup> Koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 augustus 2002 houdende vaststelling van het regime en de werkingsmaatregelen, toepasbaar op de plaatsen gelegen op het Belgisch grondgebied, beheerd door de Dienst Vreemdelingenzaken, waar een vreemdeling wordt opgesloten, ter beschikking gesteld van de regering of vastgehouden, overeenkomstig de bepalingen vermeld in artikel 74/8, § 1, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

La durée de la détention est également fixée dans l'AR. Une période initiale de deux semaines est prévue, renouvelable pour une nouvelle période de deux semaines. Suivant en cela l'avis du Conseil d'État, l'AR souligne que la durée du maintien doit toujours être aussi brève que possible, que le délai de deux semaines n'est donc pas la norme, mais le délai maximal. Le maintien ne peut pas être prolongé au delà de la durée initiale s'il s'avère que la prolongation risque de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique du mineur.

L'AR prévoit que les familles ont accès aux espaces extérieurs autour de la maison familiale dans les plages horaires prévues. Alors que l'AR ne le prévoit pas explicitement, il est signalé lors de la visite des ONG aux maisons familiales que la famille ne pourra pas quitter la maison entre 22 heures et 6 heures.<sup>18</sup> L'AR ne mentionne qu'une seule fois l'intérêt de l'enfant. Ce dernier doit en effet toujours être pris en considération lorsque l'accès des membres de la famille aux espaces extérieurs est restreint pour des raisons de sécurité.

L'AR organise une dérogation au régime familial si un membre mineur de la famille met en danger sa sécurité, celle des autres membres de la famille ou celle des membres du personnel. Le cas échéant, l'enfant dès 16 ans peut être placé dans un local isolé pendant 24 heures au maximum. L'AR crée une nouvelle catégorie pour ces mesures : la catégorie de 'mesure de sécurité' - il ne s'agit donc ni d'une sanction ni d'une mesure d'ordre. L'AR prescrit de prendre en compte, avant d'adopter cette mesure, l'âge, la maturité et la vulnérabilité de l'enfant.

### **3. Une approche des droits de l'enfant : principes généraux**

Les enfants ne peuvent être détenus sur la base de leur statut migratoire : la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et leur vulnérabilité spécifique y font obstacle. Ces principes transversaux sont exposés ici.

#### **a. Les enfants : toujours enfant et vulnérable d'abord**

Les enfants sont un groupe particulièrement vulnérable au sein de notre société.<sup>19</sup> En outre, les personnes en séjour précaire et, en particulier, les demandeurs d'asile, sont aussi un groupe très vulnérable.<sup>20</sup> Cette vulnérabilité doit toujours prévaloir lors de la mise en œuvre de mesures législatives.

*"The concept of vulnerability is a foundational element of the human rights framework. Together with the requirement to uphold human dignity, the need to recognize and address vulnerability underpins the legal obligation of States to respect, protect and fulfil human rights."*<sup>21</sup>

Les demandeurs d'asile mineurs sont donc doublement vulnérables : de par leur âge et leur situation personnelle et de par leur statut de séjour. Le droit international et européen a dès lors codifié des garanties supplémentaires, pour protéger ce groupe extrêmement vulnérable. Des instruments spécifiques comme la Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant (ci-après : CIDE), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte

<sup>18</sup> Présentation OE, Maisons familiales Centre de rapatriement 127bis, 11 juillet 2018.

<sup>19</sup> CEDH 5 juillet 2011, n° 8687/080, *Rahimi c. Grèce*.

<sup>20</sup> CEDH 12 octobre 2006, N° 13178/03, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*.

<sup>21</sup> OHCHR, Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, p. 5, disponible sur :

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>

international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels protègent tous les droits les plus fondamentaux de l'enfant. Ainsi, la Convention relative aux Droits de l'Enfant pose quatre principes généraux qui sous-tendent les autres droits de l'enfant :

- Le principe de non-discrimination (article 2)
- Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3)
- Le droit à la (sur)vie et au développement (article 6)
- L'opinion de l'enfant (article 12)

Ces quatre principes sont particulièrement mis en péril lorsque des enfants sont privés de liberté, à cause de leur statut de droit de séjour.

La Cour européenne des Droits de l'Homme affirme très clairement à cet égard que l'extrême vulnérabilité des enfants doit être le facteur décisif tandis que leur statut de séjour est subsidiaire :

*"Elle a souligné qu'il convenait 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. "*<sup>22</sup>

#### **b. Intérêt supérieur de l'enfant**

L'intérêt supérieur de l'enfant est le principe juridique général lorsque des décisions doivent être prises à propos de mineurs. La notion d' 'intérêt supérieur de l'enfant' ou 'best interest of the child' a été codifiée en tant que principe directeur dans la Convention relative aux Droits de l'Enfant de 1989 (CIDE). Cette Convention est la convention des droits de l'homme la plus ratifiée de l'histoire, 193 États ayant souscrit à ses principes de manière à ce qu'ils soient aussi obligatoires dans la réglementation nationale. Pour faciliter la réalisation des objectifs de cette Convention, son article 43 institue un Comité des droits de l'enfant.

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est inscrit à l'article 3.1 de la CIDE qui dispose que :

*« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »*

Le Comité des droits de l'enfant énonce également différents facteurs qui doivent être pris en considération dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, soit : l'opinion de l'enfant, son identité, la préservation de l'environnement familial et le maintien des relations, les soins, la protection et la sécurité de l'enfant, sa situation de vulnérabilité, son droit à la santé, son droit à l'éducation<sup>23</sup>.

D'autres instruments juridiques contraignants imposent aussi l'intérêt supérieur de l'enfant comme fil conducteur de tous les actes relatifs aux enfants.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce, en son article 24.2, que :

---

<sup>22</sup> CEDH 19 janvier 2010, n° 41442/07, *Muskhadzhiyeva e.a. c. Belgique*.

<sup>23</sup> CBAR, Enfants et asile: tenir compte de leur vulnérabilité et de leur intérêt supérieur, juin 2013, p. 18



*« Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »*

L'influence de la CIDE est explicitement reconnue dans les explications relatives à la Charte.

*« Cet article se fonde sur la Convention de New York sur les Droits de l'enfant, signée le 20 novembre 1989 et ratifiée par tous les États membres, et notamment sur ses articles 3, 9, 12 et 13. »<sup>24</sup>*

De même, le droit dérivé de l'UE, comme la directive Retour et la directive Accueil, codifie le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.<sup>25 26</sup>

La Constitution belge consacre également le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en son article 22bis, qui dispose que :

*« 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. »*

De même, le *Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés* confirme :

*The child's best interests should always take precedence over migration management objectives or other administrative considerations. Children in the context of migration must be treated first and foremost as children. All children, regardless of age, should enjoy equal standards of protection.<sup>27</sup>*

C'est frappant : l'AR du 2 juillet 2018 ne mentionne qu'une seule fois l'intérêt supérieur de l'enfant lors du refus de l'accès aux espaces extérieurs pour des raisons de sécurité. Il n'est ainsi pas question de la moindre évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant avant de procéder à la détention. C'est d'autant plus problématique que la décision de détention sera prise à l'égard des parents de l'enfant et non de l'enfant lui-même, de sorte que l'intérêt supérieur de l'enfant ne sera finalement jamais pris en considération avant que la décision de détention soit prise. Pourtant, la CEDH indique, dans l'arrêt *Rahimi contre Grèce*, qu'une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être effectuée distinctement dans tous les actes relatifs aux enfants, avant que soit prise une décision qui influence la vie d'un enfant :

---

<sup>24</sup> Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 14 décembre 2007, JO C303/02, disponible sur :

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:FR:PDF>

<sup>25</sup> « Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte : a) de l'intérêt supérieur de l'enfant b) de la vie familiale c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers et respectent le principe de non-refoulement. » : Article 5 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 (directive Retour).

<sup>26</sup> « L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale pour les États membres lors de la transposition des dispositions du présent chapitre concernant les mineurs. » Article 18 § 1<sup>er</sup> de la Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (directive Accueil refonte).

<sup>27</sup> OHCHR, Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, p. 42, disponible sur :

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>

"Il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, la décision de la mise en détention du requérant apparaît comme le résultat de l'application automatique de l'article 76 de la loi no 3386/2005, sans que sa situation particulière de mineur non accompagné soit examinée. La Cour note sur ce point que l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 dispose que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, entre autres, des autorités administratives dans toutes les décisions qui les concernent. De surcroît, l'article 37 de la même Convention prévoit que la mise en détention d'un enfant ne doit être qu'une mesure de dernier ressort (voir paragraphe 33 ci-dessus). En outre, le décret présidentiel no 220/2007 qui transpose en droit grec la Directive 2003/9/CE du Conseil de l'Union européenne relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres prévoit aussi que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale pour les Etats membres (voir paragraphe 25 ci-dessus). Enfin, la Cour note que, dans le contexte de sa jurisprudence sur l'article 8 de la Convention et la protection de la vie familiale, elle a déjà admis qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC], no 41615/07, § 135, 6 juillet 2010).

Or, en l'occurrence, en ordonnant la mise en détention du requérant les autorités nationales ne se sont aucunement penchées sur la question de son intérêt supérieur en tant que mineur. De plus, elles n'ont pas recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention de Pagani était une mesure de dernier ressort et si elles pouvaient lui substituer une autre mesure moins radicale pour garantir son expulsion. Ces éléments suscitent des doutes aux yeux de la Cour, quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention."<sup>28</sup>

Cette évaluation doit ressortir de la décision prise :

"(c) A rule of procedure: Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases."<sup>29</sup>

#### **4. Détention des familles de migrants avec enfants mineurs**

<sup>28</sup> CEDH 5 avril 2011, n° 8687/08, *Rahimi c. Grèce*, § 108-109.

<sup>29</sup> Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, § 6

**a. En droit international : la détention d'enfants est purement et simplement interdite**

L'intérêt supérieur de l'enfant constitue donc une pierre angulaire du droit des droits de l'homme. Il est particulièrement important de souligner que, du point de vue du droit international, l'intérêt supérieur de l'enfant est incompatible avec la détention d'un enfant.

Dès 2012, le Comité des droits de l'enfant considère que la détention d'enfants en raison de leur statut migratoire comporte toujours une violation des droits de l'enfant et ne peut jamais être dans l'intérêt de l'enfant<sup>30</sup>. Ce point de vue est une nouvelle fois confirmé dans le *joint general comment* n° 23 adopté en 2017 :

*"Every child, at all times, has the fundamental right to liberty and freedom from immigration detention. The Committee on the Rights of the Child has asserted that the **détention of any child because of their or their parents' migration status constitutes a child rights violation and contravenes the principle of the best interests of the child.** In this light, both Committees have repeatedly affirmed that children should never be detained for reasons related to their or their parents' migration status and States should expeditiously and completely cease or eradicate the immigration detention of children. **Any kind of child immigration detention should be forbidden by law and such a prohibition should be fully implemented in practice.**"<sup>31</sup>*

Partant, l'article 37b CIDE, qui dispose que la détention d'un enfant doit être une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible, ne s'applique pas dans le contexte de l'immigration. Le *joint general comment* n° 4 est très clair à ce sujet :

*"Article 37 (b) of the Convention of the Rights of the Child establishes the general principle that a child may be deprived of liberty only as a last resort and for the shortest appropriate period of time. However, offences concerning irregular entry or stay cannot under any circumstances have consequences similar to those derived from the commission of a crime. **Therefore, the possibility of detaining children as a measure of last resort, which may apply in other contexts such as juvenile criminal justice, is not applicable in immigration proceedings as it would conflict with the principle of the best interests of the child and the right to development.**"<sup>32</sup>*

Récemment encore, le président du Comité des droits de l'enfant a confirmé que la législation qui autorise la détention d'enfants migrants viole les obligations de droit international établies aux termes de la Convention relative aux Droits de l'Enfant.

---

<sup>30</sup> CRC Committee, Committee on the Rights of the Child, Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, § 78.

<sup>31</sup> Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §5.

<sup>32</sup> Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §10.

*"Detaining children, whether unaccompanied or on the basis of their or of their parents' immigration status, is never in the best interests of the child and constitutes a violation of the rights of the child."*

*"There can be no exceptions to this principle," Winter said. "All EU Member States have ratified the UN Convention on the Rights of the Child, **and there should be no provisions in EU law that allow for practices that violate EU Member States' international obligations.**"*<sup>33</sup>

La position du Comité des droits de l'enfant est largement confirmée en de droit international

Ainsi, le *Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* (UN General Assembly, Human Rights Council) a estimé que:

*Within the context of administrative immigration enforcement, it is now clear that the **deprivation of liberty of children based on their or their parents' migration status is never in the best interests of the child, exceeds the requirement of necessity, becomes grossly disproportionate and may constitute cruel, inhuman or degrading treatment of migrant children***<sup>34</sup>

De même, le HCR indique :

*"UNHCR's position is that children should not be detained for immigration related purposes, irrespective of their legal/migratory status or that of their parents, and **detention is never in their best interests.**"*<sup>35</sup>

Pour sa part, le *UN Working Group on Arbitrary Detention* confirme:

*"The deprivation of liberty of an asylum-seeking, refugee, stateless or migrant child, including unaccompanied or separated children, is prohibited."*<sup>36</sup>

Le *Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés* confirme également :

*"Children should never be detained for immigration purposes, even for short periods, whatever their status or the status of their parents. Prioritize the right to liberty and the right to family life of children by finding alternatives to detention for the whole family."*<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> UN Child Rights Experts call for EU-wide ban on child immigration detention, 21 février 2018, disponible sur: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22681&LangID=E>

<sup>34</sup> UN General Assembly - Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/HRC/28/68, §80.

<sup>35</sup> UNHCR, UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context, janvier 2017, p.2.

<sup>36</sup> UN Working Group in Arbitrary Detention, Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants, 7 février 2018, § 11.

<sup>37</sup> OHCHR, Principles and guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations, p. 5, disponible sur: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>

À l'occasion du dernier round crucial de négociations intergouvernementales sur le Global Compact for Migration<sup>38</sup>, il s'est adressé directement aux États :

*"I therefore urge member States to expressly reaffirm, within the text of the GCM, their strong and unequivocal commitment towards preventing mandatory, prolonged or indefinite detention of persons, in particular children, based solely on their irregular migration status or the impossibility of their expulsion. "*<sup>39</sup>

Il est donc clairement établi que la détention des enfants est incompatible avec leurs droits humains fondamentaux tels que codifiés en droit international. Encore récemment, la Belgique satisfaisait à l'obligation des États d'abolir la détention des enfants. Cette obligation est toujours d'application et il est clair que dans la situation actuelle, le droit international est foulé aux pieds : la détention des enfants pour des motifs migratoires ne saurait être en conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### **b. En droit régional : la détention des enfants est l'exception**

Au niveau du droit régional également, les acteurs du Conseil de l'Europe, comme le Commissaire aux droits de l'homme et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, ainsi que les acteurs européens, comme le Parlement européen, suivent le point de vue selon lequel la détention d'enfants migrants constitue une violation de leurs droits.

Ainsi, le Parlement européen invite les États à :

*"cease, completely and expeditiously, the detention of children on the basis of their immigration status, to protect children from violations as part of migration policies and procedures and to adopt alternatives to detention that allow children to remain with family members and/or guardians."*<sup>40</sup>

Le Conseil de l'Europe confirme également ces positions. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe admet, dans sa résolution 2020, que :

*9. The Assembly considers that it is urgent to put an end to the detention of migrant children and that this requires concerted efforts from the relevant national authorities. The Assembly therefore calls on the member States to:*

*9.1. acknowledge that it is never in the best interests of a child to be detained on the basis of their or their parents' immigration status;*

---

<sup>38</sup> Le 13 juillet 2018, l'Assemblée Générale des Nations Unies est parvenue à un accord sur un « Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration » (pacte mondial pour les migrations sûres, ordonnées et régulières) disponible sur [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf)

<sup>39</sup> Communication sent by the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 11 juillet 2018, disponible sur [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/OL\\_OTH\\_11.07.18.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/OL_OTH_11.07.18.pdf),

voir aussi <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23359&LangID=E>

<sup>40</sup> European Parliament resolution of 4 February 2014 on undocumented women migrants in the European Union (2013/2115(INI)), 4 février 2014, § 29 et European Parliament resolution of 12 September 2013 on the situation of unaccompanied minors in the EU (2012/2263(INI)), § 13.

*9.2. introduce legislation prohibiting the detention of children for immigration reasons, if it has not yet been done, and ensure its full implementation in practice<sup>41</sup>*

Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a en outre adressé spécifiquement une lettre au Secrétaire d'État Francken (5 juin 2018) :

*"Even when the material conditions of detention are appropriate and the duration short, immigration detention is never in the child's best interests."<sup>42</sup>*

Il semble toutefois également exister une disparité entre les instruments en matière de droits de l'homme aux niveaux international et régional et, au niveau régional également, des efforts qui sont accomplis par différents acteurs. Contrairement au droit international, la CEDH et le droit dérivé de l'UE autorisent, dans des circonstances exceptionnelles et en vertu de conditions très strictes, la détention des enfants dans des conditions adaptées.

La CEDH a toutefois souligné à plusieurs reprises que la Conv. eur. D.H. doit être appliquée conformément au droit international.<sup>43</sup> L'article 53 de la Convention garantit spécifiquement les droits de l'homme existants et dispose que « aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ». Cet article indique que la Convention n'existe pas en vase clos. Les États sont liés et doivent mettre leurs autres obligations internationales à exécution lorsqu'ils appliquent la Convention.<sup>44</sup> En ce sens, la Cour a spécifiquement confirmé que les États demeurent liés par leurs obligations en vertu de la Convention relatives aux Droits de l'enfant.<sup>45</sup> En application de la Conv. eur. D.H., l'État belge doit donc mettre en oeuvre la Convention relative aux Droits de l'enfant par laquelle il est tenu. Vu l'interprétation donnée à l'article 37 de la CIDE par le Comité des droits de l'enfant, l'État ne peut pas procéder à la détention de mineurs sans violer la CIDE ainsi que les droits et obligations qui y sont garantis.

### **Détention des enfants : nécessaire, proportionnelle et subsidiaire**

Pour protéger les enfants contre la détention arbitraire, toutes les garanties générales applicables aux adultes s'appliquent aux enfants. Mais des mesures spécifiques s'imposent pour pourvoir à leurs besoins spécifiques en tant que personnes extrêmement vulnérables. Ces garanties résultent du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, du droit de l'enfant au développement ainsi que du droit au respect de la vie familiale.<sup>46</sup> Dans cette partie, la protection en vertu de l'article 5 et de l'article 8 de la Conv. eur. D.H. sera d'abord abordée.

<sup>41</sup> Parliamentary Assembly Council of Europe, resolution 2020(2014), The alternatives to immigration detention of children, disponible sur : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?fileid=21295>

<sup>42</sup> Lettre disponible sur : <https://rm.coe.int/letter-to-mr-theo-francken-secretary-of-state-for-migration-and-asylum/16808b2d5b>

<sup>43</sup> CEDH 22 juin 2004, n° 78028/01, *Pini e.a. c. Roumanie*, § 138.

<sup>44</sup> *Trawalli and Others v. Italy*, Application no. 47287/17, Written submission on behalf of the AIRE centre (Advice on individual rights in Europe), the Dutch Refugee Council (DCR), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ), 12 juin 2018, §2.

<sup>45</sup> *H.A. and Others v. Greece*, Application no. 19951/16, Written submission on behalf of the AIRE centre (Advice on individual rights in Europe), the Dutch Refugee Council (DCR), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ), 6 avril 2017, §19 et CEDH 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, § 108-109.

<sup>46</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 28.

La protection en vertu de la directive Retour sera ensuite débattue. Pour terminer, la garantie procédurale d'être entendu sera également analysée.

### **i. Droit à la liberté et à la sécurité**

#### **Généralités**

L'article 5 de la Conv. eur. D.H. consacre le droit fondamental à la liberté et définit la liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté.<sup>47</sup>

Conformément à cet article, le maintien en détention doit être prévu par la loi et être en conformité avec la loi.<sup>48</sup> Il s'agit ici des législations nationales, régionale et internationale.<sup>49</sup> Selon le principe de sécurité juridique, cette législation doit être prévisible, précise et accessible<sup>50</sup>.

Le but de l'article 5 de la Conv. eur. D.H. est la protection de l'individu contre tout arbitraire de la part des autorités. Une détention peut être licite selon la législation nationale, mais arbitraire et, donc, contraire à la Convention.<sup>51</sup> La CEDH énonce que, pour être dépourvue d'arbitraire, une détention doit se faire de bonne foi; elle doit être étroitement liée au but visé; le lieu et les conditions de détention doivent être appropriés; enfin, la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi.<sup>52</sup>

La détention doit viser un but légitime comme ceux établis par l'article 5 (f) de la Conv. eur. D.H. Dans un contexte migratoire, seules deux raisons peuvent valoir but légitime à savoir: empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ou détenir une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. Le contrôle de l'immigration en soi ne constitue pas un but légitime justifiant la détention.<sup>53</sup>

De manière générale, la CEDH reconnaît un pouvoir discrétionnaire plus vaste aux États quand ils détiennent une personne sur la base de l'article 5.1 (f) de la Conv. eur. D.H. que dans les cas prévus à l'article 5 de la Conv. eur. D.H. La CEDH affirme que la notion d'arbitraire n'implique pas que la détention doit être nécessaire et proportionnée.<sup>54</sup> Dans l'arrêt Rusu, la CEDH énonce cependant que, lorsque le droit national exige que la nécessité de la détention soit démontrée, cette législation doit être respectée.<sup>55</sup>

#### ***La situation des enfants en détention au vu de l'article 5 de la Conv. eur. D.H.***

La Conv. eur. D.H. ne comporte pas de dispositions spécifiques sur la détention des enfants dans un contexte migratoire. Elle ne l'interdit pas en soi, mais y applique un contrôle très strict.

<sup>47</sup> CEDH 22 septembre 2009, n° 30471/08, *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, § 128.

<sup>48</sup> CEDH 22 septembre 2009, n° 30471/08, *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, § 128.

<sup>49</sup> C.J.U.E. 21 décembre 2011, C-411/10, *N.S. c. Secretary of for the Home Department et M. E. e.a.*, § 77.

<sup>50</sup> CEDH 2 décembre 2010, nr. 4691/06, *Jusic c. Zwitterland State*, § 69.

<sup>51</sup> CEDH 29 janvier 2008, n° 13229/03, *Saadi c. Royaume-Uni*, § 67.

<sup>52</sup> CEDH 29 janvier 2008, n° 13229/03, *Saadi c. Royaume-Uni*, § 74.

<sup>53</sup> Bingham Centre for the Rule of Law, M. FORDHAM QC et J.N. STEFANELLI, « Immigration Detention and the Rule of Law, Safeguarding principles », *The British Institute of International and Comparative Law*, juin 2013, p. 60.

<sup>54</sup> CEDH 15 novembre 1996, n° 22414/93, *Chahal c. Royaume-Uni*, §112 et CEDH 29 janvier 2008, n° 13229/03, *Saadi c. Royaume-Uni*, § 73.

<sup>55</sup> CEDH 2 octobre 2008, n° 34082/02, *Rusu c. Autriche*, § 54 et 58.

En vertu de l'article 5 (1) de la Conv. eur. D.H., les États ont une obligation positive de prendre des mesures adaptées pour protéger effectivement la liberté des personnes, en particulier des personnes en situation vulnérable comme les enfants.<sup>56</sup>

En matière de détention d'enfants, la CEDH applique des normes plus strictes, qui impliquent une marge d'appréciation réduite pour les États.<sup>57</sup> Le point de départ de la CEDH est la vulnérabilité du mineur, qui prévaut sur la qualité d'étranger en séjour illégal. La Cour exige alors que l'État démontre que la détention est nécessaire pour réaliser le but visé. La détention ne peut être appliquée qu'en dernier ressort et l'État doit vérifier si d'autres mesures moins contraignantes peuvent être appliquées.<sup>58</sup>

Dans sa jurisprudence, la CEDH se réfère explicitement, lors de l'évaluation de la nécessité de la détention, à la CIDE et l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en considération de manière primordiale. Dans l'affaire *Rahimi contre Grèce*, la Cour doute de la bonne foi des autorités grecques parce que l'intérêt supérieur de l'enfant et sa situation individuelle n'ont pas été pris en considération et qu'aucune alternative à la détention n'a été examinée.

*“Or, en l'occurrence, en ordonnant la mise en détention du requérant, les autorités nationales [...] n'ont pas recherché si le placement du requérant dans le centre de rétention de Pagani était une mesure de dernier ressort et si elles pouvaient lui substituer une autre mesure moins radicale pour garantir son expulsion. Ces éléments suscitent des doutes aux yeux de la Cour, quant à la bonne foi des autorités lors de la mise en œuvre de la mesure de détention.”*<sup>59</sup>

La CEDH énonce clairement que l'intérêt supérieur de l'enfant exige que toutes les alternatives à la détention soient mises en oeuvre. Lorsque l'État néglige d'examiner toutes les alternatives, la détention de l'enfant sera arbitraire et en contrariété avec le droit à la liberté.<sup>60</sup>

*“that, in spite of the fact that [the children] were accompanied by their parents, and even though the detention centre had a special wing for the accommodation of families, the children's particular situation was not examined and the authorities did not verify that the placement in administrative detention was a measure of last resort for which no alternative was available. The Court thus finds that the French system did not sufficiently protect their right to liberty.”*<sup>61</sup>

L'examen de ces alternatives doit en outre ressortir du titre de détention.

*“In the present case, the Court notes that the applicants and their child were placed in a detention centre pending their removal and, accordingly, this constituted a*

<sup>56</sup> CEDH 12 janvier 2012, n° 36760/06, *Stanev c. Bulgarie*, §120.

<sup>57</sup> CDDH-MIG, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 janvier 2018, p. 21, disponible sur: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

<sup>58</sup> Voir p. ex. CEDH 12 juillet 2016, n° 11593/12, A.B. e.a. c. France et CEDH 19 janvier 2012, n° 39472/07 et 39474/07, *Popov c. France*

<sup>59</sup> CEDH 5 avril 2011, n° 8687/08, *Rahimi c. Grèce*, § 109.

<sup>60</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 50.

<sup>61</sup> CEDH 19 janvier 2012, n° 39472/07 et 39474/07, *Popov c. France*, § 119.



*deprivation of liberty for the purposes of Article 5 § 1 (f). The Court would refer to the finding of the Administrative Court of Appeal that **there was no indication in the detention orders that the prefect had verified, in view of the child's presence, whether an alternative measure that would have been less coercive than detention was possible.** Accordingly, while having regard to the reasons given in the prefect's decision to place the applicants in a detention centre, the Court takes the view that the evidence before it is not sufficient for it to be satisfied that the domestic authorities had effectively verified that the administrative detention of the family was a measure of last resort with no possible alternative.”<sup>62</sup>*

En application de l'article 5 §4 de la Conv. eur. D.H., un juge doit être en mesure d'évaluer la légalité de la détention. Dans l'arrêt Popov, la CEDH a estimé que le juge n'avait pas eu la possibilité de statuer sur la légalité de la détention à l'égard de l'enfant en particulier, puisqu'un ordre de quitter le territoire et une mesure de détention ont été pris à l'encontre des parents, mais pas de l'enfant. De ce fait, l'enfant se trouvait dans un vide juridique, selon la CEDH.

*“However, the Court notes that the law does not provide for the possibility of placing minors in administrative detention. As a result, children “accompanying” their parents find themselves in a legal vacuum, preventing them from using any remedies available to their parents. In the present case, there had been no order of the prefect for their removal that they could have challenged before the courts. Similarly, there had been no decision ordering their placement in administrative detention and the liberties and detention judge was therefore unable to review the lawfulness of their presence in the administrative detention centre. The Court thus finds that they were not guaranteed the protection required by the Convention.”<sup>63</sup>*

La CEDH accepte que l'obligation de l'article 5 § 4 de la Conv. eur. D.H. est remplie lorsque les possibilités de recours à la disposition des parents permettent indirectement au juge d'évaluer la situation des enfants. Cela ne vaut qu'à la condition que le juge tienne compte de la situation spécifique de l'enfant et qu'il vérifie si l'État a satisfait à son obligation d'envisager des alternatives à la détention.<sup>64</sup>

## ii. Droit à la vie familiale et privée

L'article 8 de la Conv. eur. D.H. protège le droit à la vie privée et familiale. Le droit à la vie familiale garantit non seulement le droit de l'enfant d'être avec ses parents, mais protège également contre l'ingérence dans la vie privée de la famille. D'après la CEDH, le respect de la vie familiale ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale, en particulier lorsque la famille est détenue.<sup>65</sup>

*“that the child's best interests cannot be confined to keeping the family together and that the authorities have to take all the necessary steps to limit, as far as possible, the detention of families accompanied by children and effectively preserve the right to*

<sup>62</sup> CEDH 12 juillet 2016, n° 11593/12, A.B. e.a. c. France, §124.

<sup>63</sup> CEDH 19 janvier 2012, n° 39472/07 et 39474/07, Popov c. France, § 124.

<sup>64</sup> A. Gelblat, « La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers : L'impossibilité pratique plutôt que l'interdiction de principe? », La Revue des droits de l'homme, 2016.

<sup>65</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 52.

*family life. In the absence of any indication to suggest that the family was going to abscond, the measure of detention for fifteen days in a secure centre appears disproportionate to the aim pursued.*<sup>66</sup>

La détention des enfants avec leurs parents dans des conditions de vie propres à un centre de détention peut être considérée comme une ingérence dans l'exercice du droit à la vie familiale, affirme la CEDH.

*“Whilst mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life, it cannot be inferred from this that the sole fact that the family unit is maintained necessarily guarantees respect for the right to a family life, particularly where the family is detained. The Court finds that, even though Ms Bistieva was not separated from her children, the fact of confining the applicants to a detention centre for almost six months, thereby subjecting them to living conditions typical of a custodial institution, can be regarded as an interference with the effective exercise of their family life (see, mutatis mutandis, Popov, cited above, § 134; A.B. and Others v. France, no. 11593/12, § 145, 12 July 2016; R.K. and Others v. France, no. 68264/14, § 106, 12 July 2016; A.M. and Others v. France, no. 24587/12, § 86, 12 July 2016; and R.C. and V.C. v. France, no. 76491/14, § 72, 12 July 2016).”<sup>67</sup>*

La détention peut constituer une ingérence dans le droit à la vie familiale. Elle doit alors, comme toute ingérence, satisfaire aux conditions de l'article 8 §2 de la Conv. eur. D.H. Par conséquent, les États sont tenus d'évaluer si la détention est proportionnelle au but visé au sens de l'article 8 §2 de la Conv. eur. D.H.<sup>68</sup> Lors de cette évaluation, il convient de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant ne se limite toutefois pas, d'après la Cour, au maintien de l'unité familiale. Dans l'arrêt Popov, la CEDH définit les critères qui doivent faire partie de cette évaluation, plus précisément le risque de fuite, l'examen d'alternatives et l'exécution rapide de l'expulsion pour limiter la détention dans le temps.<sup>69</sup> L'appréciation de ces critères diffère au cas par cas :

*“Enfin, il ne ressort pas des faits en présence que les autorités aient mis en œuvre toute la diligence nécessaire pour exécuter au plus vite la mesure d'expulsion et limiter le temps d'enfermement. En effet, les requérants furent maintenus en rétention pendant dix-huit jours sans qu'aucun vol ne soit organisé et sans que des laissez-passer consulaires ne soient obtenus.*

*156. Aussi, en l'absence de risque particulier de fuite, la rétention, pour une durée de dix-huit jours, apparaît disproportionnée par rapport au but poursuivi. Partant, la Cour considère que les requérants ont subi une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de leur vie familiale et qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.”<sup>70</sup>*

<sup>66</sup> CEDH 19 janvier 2012, n° 39472/07 et 39474/07, *Popov c. France*, §147.

<sup>67</sup> CEDH 10 avril 2018, n° 75157/14, *Bistieva e.a. c. Pologne*, §73.

<sup>68</sup> CDDH-MIG, Draft analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 octobre 2017, p. 24, disponible sur: <https://rm.coe.int/draft-analysis-of-the-legal-and-practical-aspects-of-effective-alterna/168076cd25>

<sup>69</sup> A. Gelblat, « La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers : L'impossibilité pratique plutôt que l'interdiction de principe? », *La Revue des droits de l'homme*, 2016.

<sup>70</sup> CEDH 12 juillet 2016, n° 11593/12, *A.B. e.a. c. France*, §155.

*“La Cour relève qu’en l’espèce, pour caractériser le risque de fuite et l’impossibilité de recourir à une alternative à la rétention, le Gouvernement s’appuie principalement sur les refus des requérants d’embarquer dans l’avion devant les ramener en Fédération de Russie. La Cour n’est pas convaincue que cet élément suffise à caractériser la réalité du risque de fuite et l’impossibilité de trouver une solution alternative à la rétention. S’il démontre, à l’évidence, l’absence de volonté des requérants d’être expulsés du territoire français, il n’établit pas leur volonté de se soustraire aux autorités. Ainsi, l’enfermement dans un centre n’apparaissait pas justifié par un besoin social impérieux. La Cour observe, au vu des informations à sa disposition, que d’autres solutions, telles que l’assignation dans un hôtel, assortie, comme le suggèrent les requérants, d’un pointage régulier auprès d’un commissariat, n’ont pas été envisagées.”*<sup>71</sup>

Dans une affaire très récente contre la Pologne, la Cour européenne des Droits de l’Homme s’est également prononcée sur la protection de l’article 8 de la Conv. eur. D.H.:

*“The Court is of the view that the child’s best interests cannot be confined to keeping the family together and that the authorities have to take all the necessary steps to limit, as far as possible, the detention of families accompanied by children and effectively preserve the right to family life (see, mutatis mutandis, Popov, cited above, § 147). In this context, given the reasoning of the domestic authorities’ decisions, the Court is not convinced that the Polish authorities had in fact, as they should have, viewed the family’s administrative detention as a measure of last resort. Nor had they given due consideration to possible alternative measures, especially in the period of time when the applicants were reunited with their husband and father. The Court also has serious doubts as to whether the authorities had given sufficient consideration to the best interests of the first applicant’s three children, in compliance with obligations stemming from international law and from section 401(4) of the 2013 Act (see paragraphs 36 and 42 above).”*<sup>72</sup>

*“Accordingly, the Court finds that, even in the light of the risk that the family might abscond, the authorities failed to provide sufficient reasons to justify the detention for five months and twenty days in a secure centre, and as a result that there has been a violation of Article 8 of the Convention (see Popov, cited above, § 148; A.B. and Others v. France, cited above § 156; and R.K. and Others v. France, cited above, § 117).”*<sup>73</sup>

Le concept de vie privée est largement décrit par la CEDH. La vie privée englobe l’intégrité physique et morale de la personne ; la garantie offerte par l’article 8 de la Conv. eur. D.H. est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personne de chaque individu avec ses semblables.<sup>74</sup> Compte tenu des effets néfastes de la détention sur les enfants, il peut être argumenté que la détention des enfants constitue une ingérence disproportionnée et inutile dans leur développement et leur autonomie personnelle. Dans ce sens, l’article 8 de la Conv. eur. D.H. offre une protection contre les conditions de

<sup>71</sup> CEDH 12 juillet 2016, n° 68264/14, *R.K. e.a. contre France*, §115.

<sup>72</sup> CEDH 10 avril 2018, n° 75157/14, *Bistieva e.a. c. Pologne*, §85-86.

<sup>73</sup> CEDH 10 avril 2018, n° 75157/14, *Bistieva e.a. c. Pologne*, §88.

<sup>74</sup> CEDH 12 octobre 2006, n° 13178/03, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, §83.

détention qui n'atteignent pas le niveau de sérieux requis par l'article 3 de la Conv. eur. D.H.<sup>75</sup> D'après le Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture, l'unité familiale ne justifie pas la détention des enfants, à cause des effets néfastes qu'elle emporte sur le développement émotionnel et le bien-être physique des enfants<sup>76</sup>.

Selon l'article 9 de la Convention relative aux Droits de l'enfant, un enfant ne peut jamais être séparé de ses parents contre sa volonté, à moins que cette séparation ne soit nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Lorsqu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de conserver l'unité familiale, le droit à la liberté s'applique alors également aux parents. C'est pour cette raison que le Comité des Droits de l'enfant et d'autres organes des Nations Unies ont appelé les États à mettre en œuvre des alternatives pour toute la famille<sup>77</sup>. Le UN Working Group on Arbitrary Detention affirme dès lors:

*“Detaining children because of their parents’ migration status will always violate the principle of the best interests of the child and constitutes a violation of the rights of the child. Children must not be separated from their parents and/or legal guardians. The detention of children whose parents are detained should not be justified on the basis of maintaining the family unit, and alternatives to detention must be applied to the entire family instead.”*<sup>78</sup>

### iii. **Droit à des conditions adaptées**

Les enfants ont à tout moment le droit de résider dans des conditions adaptées à leurs besoins et vulnérabilités spécifiques. Ce droit est entre autres garanti par les articles 3 et 8 de la Conv. eur. D.H.

### iv. **Les directives Retour et Accueil**

En droit européen, la privation de liberté au sens de l'article 5 de la Conv. eur. D.H. est organisée dans l'acquis en matière d'asile et dans la directive Retour. Comme mentionné plus haut, l'intérêt supérieur de l'enfant est également garanti *a priori* en droit européen. Par conséquent, aucune détention contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant n'est justifiable en droit européen<sup>79</sup>.

L'article 15.1 de la directive Retour, qui s'applique aux personnes en séjour illégal et non aux demandeurs d'asile, autorise la détention pendant la procédure de retour pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement, lorsqu'il existe un risque de fuite ou en cas de report ou d'impossibilité du retour ou de la procédure d'éloignement. La détention n'est possible que si d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives ne peuvent être appliquées efficacement

<sup>75</sup> *Trawalli and Others v. Italy*, Application no. 47287/17, Written submission on behalf of the AIRE centre (Advice on individual rights in Europe), the Dutch Refugee Council (DCR), the European Council on Refugees and Exiles (ECRE) and the International Commission of Jurists (ICJ), 12 juin 2018, §25.

<sup>76</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 53.

<sup>77</sup> CDDH-MIG, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 janvier 2018, pp. 49-50, disponible sur: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

<sup>78</sup> UN Working Group on Arbitrary Detention, « Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants », 7 février 2018, § 40.

<sup>79</sup> CDDH-MIG, Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration, 26 janvier 2018, p. 50, disponible sur: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

et pour une durée aussi brève que possible. En ce qui concerne spécifiquement le principe de proportionnalité, le *considérant 16* de la directive Retour dispose que :

*« Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement, uniquement dans les cas où des mesures moins coercitives ne suffiraient pas. »*

La directive Retour impose donc aux États membres une obligation positive d'examiner et d'appliquer en premier lieu et dans chaque cas individuel les alternatives à la détention. L'absence d'alternatives à la détention dans la législation nationale n'est pas une excuse pour utiliser la détention systématiquement.<sup>80</sup>

En ce qui concerne spécifiquement la détention de mineurs, l'article 17 de la directive Retour souligne que les familles avec enfants mineurs ne peuvent être retenues qu'en dernier recours et pour une période aussi brève que possible dans des conditions adaptées à leurs besoins. L'article 17.5 de la directive Retour souligne que l'intérêt de l'enfant doit prévaloir à cet égard.

L'AR du 2 juillet prévoit un système en cascade où la personne concernée passe automatiquement d'une mesure à la mesure plus contraignante suivante en cas d'échec de la mesure prise antérieurement. Comme la Plate-forme Mineurs en exil le dit dans son rapport « Détention d'enfants en famille en Belgique : analyse de la théorie et de la pratique », un système en cascade va à l'encontre du principe que toute nouvelle mesure doit être examinée au regard de l'arbitraire, de la nécessité et de la proportionnalité.<sup>81</sup>

Pour les demandeurs d'asile, l'article 11.2 de la directive Accueil stipule que les mineurs ne peuvent être placés en rétention qu'à titre de mesure de dernier ressort et après qu'il a été établi que d'autres mesures moins coercitives ne peuvent pas être appliquées efficacement. Cette détention doit être d'une durée la plus brève possible et tout doit être mis en œuvre pour libérer les mineurs placés en rétention et les placer dans des lieux d'hébergement appropriés.

Il est problématique, dans le cas des demandeurs d'asile à la frontière, que ni l'article 74/9 de la loi du 15 décembre 1980 ni l'AR du 2 juillet 2018 ne prévoient que des alternatives à la détention doivent être envisagées avant d'opter pour la détention. Les familles à la frontière sont en effet automatiquement détenues dans des maisons de retour. La résidence dans ces maisons de retour est toujours considérée, conformément à l'article 74/8 de la loi sur les étrangers, comme une forme de détention. Ces maisons ne constituent donc pas une alternative à la détention, mais sont une forme alternative de détention.<sup>82</sup> La détention

---

<sup>80</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 49.

<sup>81</sup> Plate-forme Mineurs en exil, Détention des enfants en famille en Belgique : analyse de la théorie et de la pratique, décembre 2015, p. 28, disponible sur : <http://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/Detention/2015-Detention-des-enfants-en-familles-FR.pdf>

<sup>82</sup> Plate-forme Mineurs en exil, Détention des enfants en famille en Belgique : analyse de la théorie et de la pratique, décembre 2015, p. 62, disponible sur : <http://www.kinderenopdevlucht.be/files/Image/Detention/2015-Detention-des-enfants-en-familles-FR.pdf>

automatique de familles à la frontière dans des maisons de retour est donc en contrariété avec l'article 8 et l'article 11.2 de la directive Accueil.<sup>83</sup>

La nécessité de la détention fondée sur l'ordre public ou la sécurité nationale<sup>84</sup>, qui, d'après l'Arrêté Royal, sera appliquée automatiquement, doit toujours faire l'objet d'une évaluation individuelle sur la même base juridique. La détention ne peut être décidée qu'en dernier ressort et seulement si d'autres mesures moins contraignantes ne peuvent pas être appliquées. L'Arrêté Royal ne satisfait donc pas à cette condition.

La Commission européenne souligne également que la détention des enfants doit être strictement nécessaire et que tout doit être fait pour qu'une offre variée d'alternatives soit disponible et accessible. Les États membres sont aussi encouragés à faire appel à des *child protection bodies* dans toutes les affaires sur la détention.<sup>85</sup>

Dans l'arrêt Mahdi, la Cour de justice de l'Union européenne affirme que les décisions prises en exécution de la directive Retour doivent être adoptées au cas par cas et doivent se fonder sur des critères objectifs.

*« Le point 6 des considérants de cette directive énonce que Les États membres doivent veiller à ce que, en mettant fin au séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers, ils respectent une procédure équitable et transparente. Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier. »<sup>86</sup>*

La Cour de justice affirme par ailleurs dans l'arrêt El Dridi que, dans tous les cas, une évaluation individuelle de la nécessité de la détention doit être effectuée. La Cour a en outre instauré une gradation des mesures à prendre pour imposer une décision de retour allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé à la mesure extrême de privation de liberté. Le principe de proportionnalité doit être respecté à chacune de ces étapes.

*“(...) les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque*

---

<sup>83</sup> Pour la légalité de la détention aux frontières, voir NANSEN NOTE 2018-1, Demandeurs d'asile à la frontière, procédure à la frontière et détention, 17 avril 2018 disponible sur : <http://www.nansenrefugee.be/wp-content/uploads/2018/10/demandeurs-asile-frontiere-procedure-frontiere-detention.pdf>

<sup>84</sup> Pour interpréter les notions de 'danger pour l'ordre public' et de 'danger pour la sécurité nationale', il peut être fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice dans le cadre de la directive Retour. La Cour de justice affirme, dans son arrêt Z. Zh., que l'existence d'un danger réel et actuel doit être évaluée individuellement au cas par cas. Le seul fait qu'un ressortissant d'un pays a fait l'objet d'une condamnation pour un fait punissable qualifié de délit en droit national ne saurait, à lui seul, justifier que ce ressortissant soit considéré comme constituant un danger pour l'ordre public. Il doit être démontré que son comportement personnel constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société ou la sécurité interne ou externe de l'État membre concerné. » C.J.U.E. 11 juin 2015, C-554/13, Z. Zh.. ECLI:EU:C:2015:377

<sup>85</sup> Commission européenne, ANNEX to the COMMISSION RECOMMENDATION establishing a common "Return Handbook" to be used by Member States' competent authorities when carrying out return related tasks, 'Return Handbook', 27 septembre 2017, p. 84.

<sup>86</sup> C.J.U.E. 5 juin 2014, C-146/14, Mahdi, §40.

*situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention. Cette privation de liberté doit, conformément à l'article 15, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2008/115, être aussi brève que possible et n'être maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. (...)*

*Il résulte de ce qui précède que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes »<sup>87</sup>*

Les alternatives à la détention doivent être prévues dans la législation nationale pour prévenir la détention arbitraire.<sup>88</sup> L'article 8.4 de la directive Retour stipule explicitement que les États membres veillent à ce que des règles sur les alternatives à la détention soient prévues en droit national. Pour les personnes en procédures de retour, il ressort de la lecture conjointe du considérant 16 et de l'article 15 §1<sup>er</sup> de la directive Retour que les États membres doivent prévoir des alternatives à la détention dans leur législation nationale<sup>89</sup>.

#### **v. Droit d'être entendu**

Le droit d'être entendu est consacré à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il est reconnu comme un principe général de droit européen et élément des droits de la défense<sup>90</sup>. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice interprète ce principe comme suit :

*« Le droit d'être entendu garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts. »*

*« Cela implique que l'administration doit prendre connaissance, avec toute l'attention voulue, des observations de l'intéressé en examinant attentivement et impartialement toutes les données pertinentes et en motivant sa décision sur cette base. »<sup>91</sup>*

*« Une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne, en droit de l'Union, l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent. »<sup>92</sup>*

<sup>87</sup> C.J.U.E. 28 avril 2011, C-61/11, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, §39-41.

<sup>88</sup> UNHCR, *Detention Guidelines*, 2012, Guideline 4.3, § 36.

<sup>89</sup> CDDH-MIG, *Analysis of the legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration*, 26 janvier 2018, pp. 54-55, disponible sur: <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

<sup>90</sup> Myria, « Focus : Le droit d'être entendu », *Rapport annuel La migration en chiffres et en droits 2015*, disponible sur <http://www.myria.be/files/Migration-rapport-2015-focus-droit-etre-entendu.pdf>

<sup>91</sup> C.J.U.E. 22 décembre 2012, C-277/11, *M.M.*, §87-88.

<sup>92</sup> C.J.U.E. 10 septembre 2013, C-383/13, *PPU, M. G. et N. R.*, §38.

L'audition personnelle dans le cadre du droit d'être entendu doit avoir lieu avant que la détention soit mise en œuvre, si l'audition est nécessaire pour la garantie effective d'autres conditions auxquelles la détention doit satisfaire, comme l'examen individuel et les conditions de nécessité et de proportionnalité.

L'article 12 de la Convention relative aux Droits de l'enfant régit le droit de l'enfant à être entendu.

*« 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.*

*2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »*

Le Comité des Droits de l'enfant considère que le droit d'être entendu constitue une des valeurs fondamentales de la Convention, qui sert de fil conducteur aux autres droits qu'elle consacre. Les États ont une obligation positive de garantir ce droit à tous les enfants.

*“The right of all children to be heard and taken seriously constitutes one of the fundamental values of the Convention. The Committee on the Rights of the Child (the Committee) has identified article 12 as one of the four general principles of the Convention, the others being the right to non-discrimination, the right to life and development, and the primary consideration of the child's best interests, which highlights the fact that this article establishes not only a right in itself, but should also be considered in the interpretation and implementation of all other rights.”<sup>93</sup>*

*“Article 12, paragraph 1, provides that States parties “shall assure” the right of the child to freely express her or his views. “Shall assure” is a legal term of special strength, which leaves no leeway for State parties' discretion. Accordingly, States parties are under strict obligation to undertake appropriate measures to fully implement this right for all children. This obligation contains two elements in order to ensure that mechanisms are in place to solicit the views of the child in all matters affecting her or him and to give due weight to those views.”<sup>94</sup>*

La Commission européenne explique que respecter le droit de l'enfant d'être entendu fait partie intégrante de l'examen de son intérêt supérieur. L'enfant doit pouvoir exprimer librement sa propre opinion et cette opinion doit être dûment prise en considération dans toutes les affaires qui intéressent l'enfant.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12 UN CRC, 20 juillet 2009, §2.

<sup>94</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12 UN CRC, 20 juillet 2009, §19.

<sup>95</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 65.



De même, le Comité des Droits de l'enfant affirme formellement :

*“Assessment of a child’s best interests must include respect for the child’s right to express his or her views freely and due weight given to said views in all matters affecting the child.”*<sup>96</sup>

## 5. Conditions de détention

### a. La détention des enfants est toujours néfaste, quelles qu'en soient les conditions

La littérature scientifique démontre que la détention des enfants est toujours néfaste. Comme les enfants, et en particulier les enfants en séjour précaire, sont un groupe extrêmement vulnérable, et que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être pris en considération, la détention des enfants est donc toujours particulièrement problématique parce qu'elle porte toujours atteinte à l'enfant et ne saurait donc être dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'impact de la détention sur les enfants, même pour une brève période, est largement décrit.

L'UNICEF affirme:

*“There is solid evidence on the impact that detention has on children. Reports refer to high rates of suicide, self-harm and development problems. **Even very short periods of detention** can undermine the child’s psychological well-being and cognitive development. Children deprived of liberty are also at a higher risk of violence, abuse and ill-treatment.”*<sup>97</sup>

The European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) énonce que:

*“Detention has a negative impact on children, no matter the context in which it takes place, research has shown. Deprivation of liberty can also have an irreversible impact on the child’s well-being and development, protected under Article 6 of the United Nations (UN) Convention on the Rights of the Child (CRC). Such impact further exacerbates existing consequences of forced migration on children and may affect Article 4 prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment), Article 24 (rights of the child) and Article 35 (health care) of the Charter.”*<sup>98</sup>

L'impact négatif de la détention sur la santé mentale des enfants est particulièrement important :

*“Detained child asylum seekers in particular experience extremely high rates of anxiety, depression and symptoms of post-traumatic stress disorder, as research in Australia, Britain and the US has found.”*<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Committee on the Rights of the Children, General comment n°4 (2013) on the right of the child to have his or best interests taken as a primary consideration, p. 11 disponible sur :

<http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

<sup>97</sup> UNICEF, A home away from home for refugee and migrant children, août 2016, disponible sur :

[https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2016/10/A-home-away-from-home\\_29-08-2016-1-2.pdf](https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2016/10/A-home-away-from-home_29-08-2016-1-2.pdf)

<sup>98</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 15 disponible sur :

<http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

<sup>99</sup> Human Rights Watch, Children Behind Bars: the global overuse of detention of children, 2016, disponible sur :

<https://www.hrw.org/world-report/2016/children-behind-bars>

La détention met non seulement leur santé mentale gravement en péril, mais elle éprouve aussi leur santé physique:

*“In addition to the psychological impact, doctors specialising in child health examined 24 children in an immigration removal centre in the United Kingdom and found that the children had developed physical problems relating to their detention. Other studies have observed incontinence and food refusal in detained children. Further, sleep problems, somatic complaints and weight loss were common.”<sup>100</sup>*

Les conditions propres à la détention, comme les clôtures, les fils barbelés, les caméras, les surveillants, ne sont pas les seuls facteurs à avoir un impact sur la santé des enfants. Du fait de leur dépendance, non seulement à l’égard de l’État, mais aussi à l’égard de leurs parents, la vulnérabilité des enfants existe à plusieurs niveaux :

*“In addition to the observations of mental health problems in adults, the participant–observer study by Sultan & O’Sullivan also reported on the effects on children. **These effects were considered to be mediated through negative characteristics of the detention environment itself as well as through the impact of detention on the parents’ mental well-being.** Observed disturbances included separation anxiety, disruptive conduct, nocturnal enuresis, sleep disturbances (including nightmares, night terrors and sleepwalking) and impaired cognitive development. Severe symptoms of distress (including mutism, refusal to eat and drink, and stereotypical behaviours) were also reported in some cases.”<sup>101</sup>*

*“The impact of detention varies and often depends on the child’s age. The Committee on the Rights of the Child has recognised **that psychological stress on the parents is also likely to affect the well-being of young children and babies.**”<sup>102</sup>*

*“However, **children in detention are exposed to danger by their close confinement with adults who suffer high levels of mental illness. Thirty percent of adults detained with children have moderate to severe mental illnesses.** There are also significant rates of incidents of violence (including assaults and sexual assaults) in detention centres in which children are detained; many of the incidents directly involve children.”<sup>103</sup>*

Les parents jouent un rôle crucial dans la vie d’un enfant. L’état de leur santé mentale et leur impuissance à protéger l’enfant dans une situation précaire ont des conséquences particulièrement graves :

*“**Parents also reported a marked decrease in their parenting capabilities since being detained. Only one adult responded positively to being able to care for and***

---

<sup>100</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 16 disponible sur : <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

<sup>101</sup> K. Robjant, R. Hassan, C. Katona, « Mental health implications of detaining asylum seekers: systematic review », *The British Journal of Psychiatry* 2009, 306-312, p. 310.

<sup>102</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 16 disponible sur : <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

<sup>103</sup> Australian Human Rights Commission, The Forgotten Children – National inquiry into children in immigration detention, 2014, p. 76.

*support children and 'able to control the behaviour of children while detained, whereas all participants stated that they were able to do this prior to detention.'*<sup>104</sup>

*"Although the Department acknowledges the importance of parents maintaining the role as decision makers and care providers for their children, evidence to this Inquiry indicates that the detention environment has a negative impact on the ability of parents to assume the parental role."*<sup>105</sup>

*"Mentally unwell adults can have negative impacts on the development of children. When parents are mentally unwell, the probability of harm increases because parents have a crucial role in shaping the trajectory of their child's life.*

*... offspring of depressed parents have rates of depression that are between two and four times higher than their counterparts from homes without parental illness. These offspring also have an increased risk for a range of mental health disorders."*<sup>106</sup>

La Cour européenne des Droits de l'Homme a également confirmé que l'influence de la détention sur la santé mentale des parents est un élément aggravant qui doit être pris en considération dans l'évaluation d'une affaire où un enfant est détenu avec ses parents :

*"Lastly, he witnessed the mental distress sustained by his parents, in a place of confinement that did not allow him to distance himself."*<sup>107</sup>

Dans un autre arrêt où la Cour a condamné la Belgique en raison des conditions de détention, la Cour a souligné que l'impossibilité d'exercer le rôle de parent est un facteur objectif à prendre en considération.

*"La Cour est en désaccord avec le Gouvernement quand il tire argument de ce que rien ne prouve que la mère ait été en difficulté pour jouer son rôle de parent. Elle estime en effet, à la lumière des rapports précités (paragraphes 36-38) que l'incapacité de la première requérante à faire face à la situation et à assumer son rôle, accentuée en l'espèce par son analphabétisme, est un facteur objectif inhérent aux conditions de vie en centre fermé."*<sup>108</sup>

Dans Popov contre France, où elle a également conclu à la violation de l'article 3 de la Conv. eur. D.H., la Cour a jugé que:

*"However, in view of its findings as to the unsuitability of the premises for the detention of children, the Court does not doubt that this situation created anxiety, psychological disturbance and degradation of the parental image in the eyes of the children."*<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> K. Robjant, R. Hassan, C. Katona, « Mental health implications of detaining asylum seekers: systematic review », *The British Journal of Psychiatry* 2009, 306-312, p. 310.

<sup>105</sup> Australian Human Rights Commission, *The Forgotten Children – National inquiry into children in immigration detention*, 2014, p. 92.

<sup>106</sup> Australian Human Rights Commission, *The Forgotten Children – National inquiry into children in immigration detention*, 2014, p. 64.

<sup>107</sup> CEDH 12 juillet 2006, n° 11593/12, A.B. c. France, § 97.

<sup>108</sup> CEDH 12 décembre 2011, n° 15297/09, Kanagaratnam et autres c. Belgique, §67.

<sup>109</sup> CEDH 12 janvier 2012, n° 39472/07 et n° 39474/07, Popov c. France, §101.

## b. Conditions de détention adaptées : quelles sont les exigences ?

Les conditions de séjour des enfants doivent en toutes circonstances être adaptées à leurs besoins. Cela signifie que, lorsque, malgré des directives claires s'y opposant, des enfants sont tout de même détenus en raison de leur statut migratoire, leurs besoins particuliers doivent être protégés. Comme démontré plus haut, aucun centre de détention ne saurait satisfaire aux besoins de l'enfant parce qu'il est inhérent à la détention de porter préjudice à l'enfant. S'il devait être admis qu'il est acceptable de porter préjudice aux enfants dans un état de droit moderne, il convient de partir du principe que des conditions particulièrement restrictives s'appliquent et que le lieux de détention qui les accueille doit être adapté à leurs besoins.

Le droit international consacre également l'obligation d'adapter les conditions de la détention aux besoins des enfants particulièrement vulnérables. Ces conditions relèvent par exemple des obligations positives des États en vertu de l'article 3 de la Conv. eur. D.H.

Ainsi, la CEDH a décidé dans différentes affaires que :

*“The Court observes that in the present case, as in **Muskhadzhiyeva and Others**, the applicant children were accompanied by their parents throughout the period of detention. It finds, however, **that this fact is not capable of exempting the authorities from their duty to protect children and take appropriate measures as part of their positive obligations under Article 3 of the Convention (ibid., § 58) and that it is important to bear in mind that the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant (see **Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga**, cited above, § 55)**. The European Union directive concerning the reception of aliens thus treats minors, whether or not they are accompanied, as a category of vulnerable persons particularly requiring the authorities’ attention (see paragraph 42 above). **To be sure, children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status**. The Court would, moreover, observe that the Convention on the Rights of the Child encourages States to take the appropriate measures to ensure that a child who is seeking to obtain refugee status enjoys protection and humanitarian assistance, whether the child is alone or accompanied by his or her parents (see, *mutatis mutandis*, **Muskhadzhiyeva and Others**, § 62).”<sup>110</sup>*

La FRA soutient ainsi que :

*“Asylum-seeking children and children in return procedures must not be deprived of liberty if available facilities do not guarantee minimum standards for the child’s well-being. To achieve this, EU Member States must create child-friendly spaces and take effective measures to prevent holding facilities from being like prisons. This affects infrastructure (such as removing barbed wire or bars on windows), the use of force (e.g. avoiding systematic handcuffing of children or their parents during transport),*

---

<sup>110</sup> CEDH 12 janvier 2012, n° 39472/07 et n° 39474/07, *Popov c. France*, §91.

*reducing the number of uniformed and armed staff, and adopting flexible house rules (e.g. free access to the yard).”<sup>111</sup>*

La Cour européenne a condamné à plusieurs reprises plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, dont la Belgique, pour violation de l'article 3 de la Conv. eur. D.H. en raison de l'inadaptation des conditions de détention aux besoins des enfants.

Une condamnation a été prononcée entre autres dans les affaires suivantes :

### **2010 - Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique**

*59. À cet égard, la Cour note que les quatre enfants requérants étaient âgés de sept mois, trois ans et demi, cinq ans et sept ans à l'époque des faits. **L'âge d'au moins deux d'entre eux était tel qu'il leur permettait de se rendre compte de leur environnement.** Ils ont tous été détenus pendant plus d'un mois au centre fermé « 127 bis » dont l'infrastructure était inadaptée à l'accueil d'enfants. La réalité des conditions de détention au centre « 127 bis » ressort des constats du délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant suite à sa visite effectuée le 28 juillet 2007, 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 (paragraphe 31–35 ci-dessus).<sup>112</sup>*

Les conditions auxquelles la Cour fait spécifiquement référence sont les clôtures visibles, les surveillants et les nombreux survols d'avions.

*31. Lors de sa visite effectuée au centre « 127 bis », le 28 juillet 2007, le délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant a relevé ce qui suit :*

*« (...) les chambres ressemblent de plus en plus à des cellules de détenus en milieu carcéral (graffitis, odeurs, délabrement). L'état de propreté générale diminue. Il n'y a aucune intimité dans les chambres. Ainsi, pendant l'entretien avec la petite fille, plusieurs personnes en situation illégale sont régulièrement entrées sans frapper pour s'asseoir sur le lit voisin. À plusieurs reprises, les hommes qui sont dans la cour ont également passé leur tête à la fenêtre face aux barreaux de la chambre. **Lorsqu'on regarde par la fenêtre, on voit des hommes qui se promènent dans la cour grillagée, ainsi que le passage de nombreux avions.** J'ai également pu observer la présence, dans la chambre de l'enfant et de sa mère, d'un matelas posé à même le sol sur lequel une jeune fille était couchée (...). L'établissement fermé 127 bis n'est pas un lieu adapté au bien-être et au bon développement d'un enfant, et que donc aucun enfant ne devrait s'y trouver. »*

*32. Le rapport d'étude sur les alternatives à la détention des familles en centres fermés (Institut d'audit SUM RESEARCH, 2007) a constaté aussi que :*

*« Aucun de ces centres n'est adapté ni adéquatement équipé pour l'accueil des familles et des enfants (...) : le caractère pénitentiaire et inadapté aux enfants de plusieurs centres (**fil de fer barbelé, personnel en uniforme, régime de groupe, programme quotidien fixe etc.**), **l'impossibilité de circuler librement dans les***

<sup>111</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p.85 disponible sur : <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

<sup>112</sup> CEDH 19 janvier 2010, n° 41442/07, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*.

*bâtiments ou dans les espaces extérieurs, l'absence d'intimité, l'insuffisance d'espace ou de lumière du jour, l'impossibilité dans laquelle les familles sont placées de vivre une vie autonome et de disposer des moments nécessaires d'intimité, etc.)»*

### **2011 - Kanaqaratnam c. Belgique**

*65. Deuxièmement, les requérants étaient enfermés au même endroit, le centre fermé 127 bis, que la Cour a déjà jugé inadapté à l'accueil des enfants au vu des conditions de détention telles qu'elles étaient établies dans plusieurs rapports nationaux et internationaux (ibid. §§ 25-35 et 55). Elle constate que d'autres rapports ont été publiés depuis l'arrêt rendu dans l'affaire précitée qui corroborent les constats antérieurs. Parmi ceux-ci figure un rapport émanant pour la première fois d'une instance belge officielle, le Médiateur fédéral, qui insiste sur le caractère particulièrement désastreux de l'enfermement des enfants dans les centres fermés sur leur équilibre et leur développement (paragraphe 41-43 ci-dessus).*

### **2012 - Popov c. France**

Dans cette affaire, la Cour a prononcé une condamnation pour une période de **15 jours** de détention. Entre autre, la Cour a pris en compte l'âge des enfants et le fait que les enfants plus âgés en particulier étaient soumis à une 'situation of stress that entailed mental distress'.

*95. Il ressort des rapports de visite du centre de Rouen-Oissel (paragraphe 35 à 41 ci-dessus) que si les autorités ont pris le soin de séparer les familles des autres détenus, il n'en demeure pas moins que les infrastructures disponibles dans la zone « familles » du centre ne sont pas adaptées à la présence d'enfants : pas de lits pour enfants et des lits adultes avec des angles en fer pointus, aucune activité destinée aux enfants, petit espace de jeux très sommaire sur un bout de moquette, cour intérieure bétonnée de 20 m<sup>2</sup> avec vue sur un ciel grillagé, grilles au maillage serré aux fenêtres des chambres, ne permettant pas de voir à l'extérieur, fermeture automatique des portes des chambres, dangereuses pour les enfants.*

*100. En l'espèce, la Cour estime que la durée de rétention des enfants, sur une période de quinze jours, si elle n'apparaît pas excessive en soi peut être ressentie comme infiniment longue par eux compte tenu de l'inadéquation des infrastructures à leur accueil et à leur âge.*

***101. De plus, les requérants soutiennent que la détention dans cette structure inadaptée a soumis les enfants, plus particulièrement l'aînée, à une situation de stress ayant engendré des troubles médicaux.***

*La Cour note, à l'instar du Gouvernement, qu'il s'agit, de la part des requérants, d'allégations non corroborées par des éléments de preuve. Toutefois, au vu de ses conclusions quant à l'inadéquation des locaux de rétention à des enfants, la Cour ne doute pas que cette situation ait été facteur d'angoisse, de perturbation psychologique et de dégradation de l'image parentale pour les enfants.*

### **2016 - A.B. et autres c. France**

Dans cet arrêt également, la Cour a jugé que passer **18 jours** dans un centre fermé dépassait le seuil de l'article 3 de la Conv. eur. D.H., bien qu'il se soit agi d'un centre qui, en principe, était approuvé pour la détention d'enfants. Un élément particulièrement important dans cette condamnation était que le centre est situé juste à côté de l'aéroport de Toulouse-Blagnac, ce qui, d'après la Cour, a un impact particulièrement important sur les enfants, qui doivent avoir la possibilité de jouer dehors, ce qui les expose à de considérables nuisances sonores.

111. La Cour note que, lors de la rétention en cause, l'enfant des requérants était âgé de quatre ans et qu'il fut retenu avec ses parents pendant dix-huit jours au centre de Toulouse-Cornebarrieu.

112. Concernant les conditions matérielles de rétention, la Cour constate que le centre de Toulouse-Cornebarrieu compte parmi ceux « habilités » à recevoir des familles en vertu du décret du 30 mai 2005 (voir paragraphe 26 ci-dessus). Il ressort des rapports de visite de ce centre (voir les paragraphes 31 à 40 ci-dessus) que les autorités ont pris soin de séparer les familles des autres retenus, de leur fournir des chambres spécialement équipées et de mettre à leur disposition du matériel de puériculture adapté. La Cour relève d'ailleurs que les ONG ont reconnu que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Popov précitée, les conditions matérielles ne posaient pas problème dans ce centre.

**113. La Cour constate cependant que le centre de rétention de Toulouse-Blagnac, construit en bordure immédiate des pistes de l'aéroport de Toulouse-Blagnac, est exposé à des nuisances sonores particulièrement importantes qui ont conduit au classement du terrain en « zone inconstructible » (voir paragraphes 33, 37 et 40). La Cour observe que les enfants, pour lesquels des périodes de détente en plein air sont nécessaires, sont ainsi particulièrement soumis à ces bruits d'une intensité excessive.** La Cour considère, en outre et sans avoir besoin de se référer au certificat médical produit par les requérants, que les contraintes inhérentes à un lieu privatif de liberté, particulièrement lourdes pour un jeune enfant, ainsi que les conditions d'organisation du centre ont nécessairement eu un effet anxiogène sur l'enfant des requérants. En effet, celui-ci, ne pouvant être laissé seul, a dû assister avec ses parents à tous les entretiens que requérait leur situation, ainsi qu'aux différentes audiences judiciaires et administratives. Lors des déplacements, il a été amené à côtoyer des policiers armés en uniforme. De plus, il a subi en permanence les annonces délivrées par les haut-parleurs du centre. Enfin, il a vécu la souffrance morale et psychique de ses parents dans un lieu d'enfermement ne lui permettant pas de prendre la distance indispensable.

114. La Cour considère que de telles conditions, bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes, dans le cas d'un enfermement de brève durée et dans les circonstances de l'espèce, pour atteindre le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3. Elle est convaincue, en revanche, qu'au-delà d'une brève période, la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité. Dès lors, l'écoulement du temps revêt à cet égard une importance primordiale au regard de l'application de ce texte. La Cour estime que cette brève période a été dépassée dans la présente espèce, s'agissant de la rétention d'un enfant de quatre ans qui s'est prolongée pendant dix-huit jours dans les conditions exposées ci-dessus.

### **2016 - R.M. et autres c. France**

Dans cette affaire, une grande importance est de nouveau accordée à la situation du centre de détention à côté de l'aéroport de Toulouse-Blagnac. La Cour estime qu'une détention de **7 jours** dépasse également le seuil de l'article 3 de la Conv. eur. D.H., parce que « la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité ».

72. La Cour note que, lors de la rétention en cause, l'enfant des requérants était âgé de sept mois. Il fut retenu avec ses parents au centre de Toulouse-Cornebarrieu

pendant au moins sept jours, la date à laquelle les requérants furent remis en liberté n'étant pas connue.

73. Concernant les conditions matérielles de rétention, la Cour constate que le centre de Toulouse-Cornebarrieu compte parmi ceux « habilités » à recevoir des familles en vertu du décret du 30 mai 2005 (voir paragraphe 26 de l'arrêt A.B. et autres précité). Il ressort des rapports de visite de ce centre (voir paragraphes 31 à 40 de l'arrêt A.B. et autres précité) que les autorités ont pris soin de séparer les familles des autres retenus, de leur fournir des chambres spécialement équipées et de mettre à leur disposition du matériel de puériculture adapté. La Cour relève d'ailleurs que les ONG ont reconnu que, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Popov précitée, les conditions matérielles ne posaient pas de problème dans ce centre.

**74. La Cour constate cependant que le centre de rétention de Toulouse-Cornebarrieu, construit en bordure immédiate des pistes de l'aéroport de Toulouse-Blagnac, est exposé à des nuisances sonores particulièrement importantes qui ont d'ailleurs conduit au classement du terrain en « zone inconstructible » (voir paragraphes 33, 37 et 40 de l'affaire A.B. et autres précitée). La Cour observe que les enfants, pour lesquels des périodes de détente en plein air sont nécessaires, sont ainsi particulièrement soumis à ces bruits d'une intensité excessive. La Cour considère, en outre et sans avoir besoin de se référer au certificat médical produit par les requérants, que les conditions d'organisation du centre ont pu avoir un effet anxiogène sur l'enfant des requérants.**

75. La Cour considère que de telles conditions, bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes, dans le cas d'un enfermement de brève durée et dans les circonstances de l'espèce, pour atteindre le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3. **Elle est convaincue, en revanche, qu'au-delà d'une brève période, la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité précité. Dès lors, l'écoulement du temps revêt à cet égard une importance primordiale au regard de l'application de ce texte. La Cour estime que cette brève période a été dépassée dans la présente espèce, s'agissant de la rétention d'un enfant de sept mois qui s'est prolongée pendant au moins sept jours dans les conditions exposées ci-dessus.**

76. Ainsi, compte tenu de l'âge de l'enfant des requérants, de la durée et des conditions de son enfermement dans le centre de rétention de Toulouse-Cornebarrieu, la Cour estime que les autorités ont soumis cet enfant à un traitement qui a dépassé le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention. Partant il y a eu violation de cet article à l'égard de l'enfant des requérants.

Il ressort de cette jurisprudence que la Cour a prononcé à plusieurs reprises une condamnation, fondée sur les critères suivants :

- L'âge des enfants
- La durée de la détention



- Les conditions, y compris la localisation des centres de détention

Il importe de noter à propos de l'âge des enfants, que la Cour n'attribue pas automatiquement les conséquences les plus graves au plus jeune âge des enfants. Parfois, des enfants plus âgés peuvent être particulièrement sensibles au fait d'être enfermés, du fait même leur plus grande conscience de la situation et de leur détention. La durée de la détention doit toujours être envisagée dans le contexte général : ainsi, plusieurs jours peuvent déjà être suffisants pour atteindre la limite de l'article 3 de la Conv. eur. D.H. Les conditions dans les centres de détention et leur situation ont aussi une grande importance : la proximité d'un aéroport et les nuisances sonores qui l'accompagnent sont généralement considérées comme inadaptées aux enfants, qui doivent avoir la possibilité de jouer dehors et souffrent considérablement d'une exposition prolongée aux nuisances sonores.

### **c. Évaluation des conditions de détention en maisons familiales et au centre de rapatriement 127bis**

Les centres où des enfants sont à nouveau détenus en Belgique sont problématiques à plusieurs niveaux. Nous abordons ici les sujets suivants : l'environnement généralement problématique d'un centre de détention, le danger pour la santé des enfants en raison de la proximité de l'aéroport, la durée de la détention, la formation du personnel et le transfert en centres fermés.

#### **i. Clôtures, caméras, surveillants, pollution de l'air et nuisances sonores : un environnement inadapté**

L'environnement où les enfants seraient détenus est incontestablement un centre fermé. Ainsi, il y a des clôtures visibles, de caméras visibles, des surveillants en uniforme et les enfants sont enfermés avec leurs parents de 22h à 6h. Il ne sera possible de jouer dehors qu'avec un casque de protection contre les nuisances sonores.

La FRA considère à ce sujet que :

*“One of the characteristics of detention facilities adapted to host children is the presence of child-friendly spaces. However, many facilities are like prisons: officers wear fatigues, there barbed wire and people use handcuffs for transport. This undermines any attempt to create an appropriate environment for children.”<sup>113</sup>*

Les enfants les plus âgés seront sans conteste très conscients d'être détenus contre leur volonté.

#### **Danger pour la santé des enfants en raison de la proximité de l'aéroport**

La situation des nouvelles maisons familiales fermées à proximité de l'aéroport de Zaventem, le plus grand aéroport de Belgique, qui opère quelque 650 vols par jour, représente un problème supplémentaire. À cela s'ajoute que l'environnement est lui aussi particulièrement bruyant : par exemple, 1000 bus par jour passent dans les environs de Zaventem. Cela entraîne une énorme pollution de l'air et, en outre, de fortes nuisances sonores, qui, toutes deux, peuvent être néfastes pour les enfants.

<sup>113</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p.75 disponible sur : <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

Tout le monde sait que les avions sont particulièrement polluants. Il est important de noter que les émissions de gaz nocifs, comme le dioxyde de carbone, le dioxyde d'azote, le monoxyde de carbone et les composés organiques volatils sont maximales au décollage, à l'atterrissage et lors de la circulation au sol des avions, des activités qui ont lieu au moins 650 fois par jour à l'aéroport de Zaventem.

*“Aircraft jet engines, like many other mobile sources, produce carbon dioxide (CO<sub>2</sub>), nitrogen oxides (NO<sub>x</sub>), carbon monoxide (CO), oxides of sulphur (SO<sub>x</sub>), unburned or partially combusted hydrocarbons (also known as volatile organic compounds, or VOCs), particulates, and other trace compounds (Federal Aviation Administration, 2005). Each of these pollutants is emitted at different rates during various phases of operation, such as idling, taxiing, takeoff, climbing, and landing. NO<sub>x</sub> emissions are higher during high power operations like takeoff when combustor temperatures are high. On the other hand, CO emissions are higher during low power operations like taxiing when combustor temperatures are low and the engine is less efficient (Federal Aviation Administration, 2005).<sup>7</sup> Even though the aircraft engine is often idling during taxi-out, the per minute CO and NO<sub>x</sub> emissions factors are higher than at any other stage of a flight (Environmental Protection Agency, 1992). Combining this with the long duration of taxiout times during peak periods of the day, total taxiing over the course of a day can add up to a substantial amount.”<sup>114</sup>*

L'impact de cette pollution sur la santé des enfants est bien documenté :

*“evidence for associations of air pollution with children's respiratory health is robust”<sup>115</sup>*

Il est important de noter que non seulement des effets négatifs sur la santé respiratoire sont constatés, mais que le développement lui-même et les fonctions cognitives sont affectés.

*“A study in Boston found that higher levels of black carbon, a marker for traffic particles, were associated with decreased cognitive function in 202 children aged 8–11 years, with associations being found across a range of verbal and nonverbal intelligence and memory assessments.*

[...]

*Proposed mechanisms for the impact of chronic air pollution on cognition are inflammation or oxidative stress caused by air particles, which influence the central nervous system and lead to neurotoxicity in the brain, potentially influencing brain connectivity (23, 24). Ultrafine particulates may also directly influence the brain by being absorbed in the lungs or via the olfactory nerves.”<sup>116</sup>*

---

<sup>114</sup> W. Schenkler et W.R. Walker, Airports, Air pollution and Contemporaneous Health, *The Review of Economic Studies*, vol/ 83, avril 2016, p. 772, pp. 768-809.

<sup>115</sup> C. Clark, R. Crombie, J. Head, I. van Kamp, E. Van Kempen, S. A. Stansfeld, Does Traffic-related Air Pollution Associations of Aircraft and Road Traffic Noise Exposure on Children's Health and Cognition? A Secondary Analysis of the United Kingdom Sample From the Ranch Project, *American Journal of Epidemiology*, vol. 176, iss. 5, août 2012, pages 327-337 et voir aussi : J. Grigg, Air pollution and children's respiratory health – gaps in global evidence, *Clinical & Experimental Allergy*. Août 2011, Vol. 41 Issue 8, pages 1072-1075.

<sup>116</sup> C. Clark, R. Crombie, J. Head, I. van Kamp, E. Van Kempen, S. A. Stansfeld, Does Traffic-related Air Pollution Associations of Aircraft and Road Traffic Noise Exposure on Children's Health and Cognition? A Secondary Analysis of the United Kingdom Sample From the Ranch Project, *American Journal of Epidemiology*, vol. 176, iss. 5, août 2012, p. 328.

Exposer des enfants à cette pollution à un moment crucial de leur développement peut entraîner à vie des problèmes de santé, des dysfonctionnements et des maladies.

*“Exposing children to environmental pollutants during important times of physiological development can lead to long-lasting health problems, dysfunction, and disease. Children are known to be more vulnerable than adults to the effects of pollution. Exposure to environmental pollutants during important times of physiological development can lead to long-lasting health problems, dysfunction, and disease. Children’s lung functioning is not yet fully developed. Compared to adults, they breathe in greater levels of polluted air relative to their weight and spend more time outside when air pollution levels are the highest. And because of differences in metabolism, mouthing behaviour—such as the tendency to put their hands and objects in their mouths—and respiratory rates, children are often exposed to higher levels of lead, arsenic, pesticides, and other pollutants. Moreover, children have little or no choice about where they live or go to school. Childhood is a critical period for brain formation. Researchers have shown that children exposed to air pollution perform worse on cognitive functioning tests and have impaired neurological function and lower IQ scores compared with other children.*

[...]

*Also, children exposed to high levels of nitrogen dioxide—a common air pollutant generated by the burning of fossil fuels—have been found to have “decreases of 6.71, 7.37 and 8.61 points in quantitative, working memory and gross motor areas, respectively.*

*Similarly, children with high levels of exposure to nitrogen dioxide and particles 10 micrometers or less in the air—a standard used by the Environmental Protection Agency (EPA) to measure air quality—perform significantly worse on neurobehavioral tests, even after confounding variables are controlled for.”<sup>117</sup>*

Bien entendu, les enfants sont particulièrement vulnérables à la pollution parce qu’ils sont en plein développement. En outre, le fait est qu’ils ont le droit, en tant qu’enfants, de jouer dehors et de faire des activités physiques : de ce fait, ils sont encore plus exposés aux effets néfastes de la pollution de l’air et des nuisances sonores.

*“The physical activity of children at school may be increased due to physical education classes, sports or play activities, and their breathing rates and dose of inhaled pollutants to the lungs may increase during school hours (McConnell et al. 2010).”<sup>118</sup>*

En outre, les enfants qui sont détenus à un jet de pierre de l’aéroport le plus fréquenté du pays sont non seulement exposés jour et nuit à un niveau très élevé de pollution de l’air, mais ils subissent aussi de graves nuisances sonores.

Ces nuisances sonores sont aussi particulièrement néfastes d’après la littérature scientifique :

---

<sup>117</sup> P. Mohae, B.-S. Kweon, S. Lee et K. Ard, Air Pollution Around Schools Is Linked To Poorer Student Health and Academic Performance, *Health Affairs*, vol. 20, mai 2011, pp. 852-862.

<sup>118</sup> J. Forns, P. Dadvand, M. Foraster, et. al., Traffic-related air pollution, noise at school and behavioral problems in Barcelona schoolchildren: a cross-sectional study, *Environmental health perspectives* 2016, vol. 4, p. 529-35.

*“Aircraft noise may increase the risk of hypertension and therefore might be a risk factor for **cardiovascular disease** (Rosenlund et al., 2001).*

*Mental and physical effects on residents near Futenma and Kadena military airfields exposed to a range of Ldn levels of 55 to above 70 are surveyed by a self-reported questionnaire (7095 valid answers). Significant dose-response relationships are found for **nervousness, depressiveness and vague complaints as well as in terms of respiratory, digestive and mental instability**. With increasing noise levels these responses elevate (Miyakita et al., 2002). A recent Italian study tries to assess the impact on psychiatric disorders, comparing personnel interview data of 71 participants (aged 18-75) in the immediate vicinity of Elma’s airport and of 284 subjects of a matched non-exposed control group. Noise is measured in distance to the airport terms and therefore statements about intensity of the exposure or noise-sensitivity are not feasible. However, higher lifetime prevalence rates for “generalized anxiety disorder” and “anxiety disorder not otherwise specified” are reported for the exposed residents, **indicating a higher risk for anxiety syndromes** (Hardoy et al., 2005.”<sup>119</sup>*

Plus spécifiquement, ce sont aussi principalement les enfants qui souffrent en étant exposé au bruit :

*“In terms of stress and health outcomes it would appear that children chronically exposed to high levels of aircraft noise consistently experience raised annoyance levels and raised blood pressure levels. There is some evidence from neuroendocrine indicators of raised stress response levels. There is also strong evidence from these studies that motivation may be impaired and that noise exposed children may experience a sense of helplessness. In terms of cognitive and performance outcomes, there is strong evidence from the results of these studies that chronic noise exposure affects reading and attention. This is consistent with the findings from other studies e.g. Bronzaft and McCarthy, 1975, Boradbert, 1971. These three studies also provide some evidence for effects on long-term episodic and also working memory”<sup>120</sup>.*

*“Like air pollution, noise is a ubiquitous environmental pollutant, mostly generated by traffic in urban areas (Moudon 2009). Noise has been associated with adverse impacts on quality of life and health, including mental health (Basner et al. 2014). It has been suggested that children are vulnerable to noise due to their reduced ability to manage environmental stressors (Ben-Shlomo and Kuh 2002.”<sup>121</sup>*

*“To date, over 20 studies have shown a **negative association between environmental noise, such as aircraft or road traffic noise, and children’s reading abilities and memories**. Road traffic and aircraft noise have also been shown to influence **cardiovascular health** in adults, and there is some evidence that environmental noise may also influence **children’s blood pressure levels**. Studies*

---

<sup>119</sup> M. Getzner et D. Zak, Health Impacts of Noise Pollution Around Airports: Economic Valuation and Transferability in J. Oosthuizen (ed.), Environmental health – emerging issues and practice, 2012, Intechopen, p. 247-272.

<sup>120</sup> M.P. Matheson, S.A. Stansfeld et M.M. Haines, The effects of Chronic Aircraft Noise Exposure on Children’s Cognition and Health: 3 field studies, Noise & Health 2003, vol. 5, 39 pp. 31-40.

<sup>121</sup> J. Forns, P. Dadvand, M. Foraster, et. al., Traffic-related air pollution, noise at school and behavioural problems in Barcelona schoolchildren: a cross-sectional study, Environmental health perspectives 2016, vol. 4, pp. 529-35.

*have also found associations between environmental noise exposure and children's psychological health.”*<sup>122</sup>

On l'a montré plus haut, il est toujours néfaste pour leur bien-être physique et mental de détenir des enfants. Les détenir dans un environnement qui est particulièrement pollué et qui les expose à des nuisances sonores particulièrement graves les rend encore plus vulnérables aux problèmes physiques et psychologiques, de nombreuses études le démontrent.

Dans le contexte belge, les enfants seront détenus avec leur famille pour une période de 14 jours, renouvelable une fois pendant 14 jours au maximum, moyennant un rapport spécifique de l'OE au Ministre dans lequel « la situation des enfants mineurs et l'impact de la détention sur leur intégrité physique et psychique doivent être explicités ».

Il est important d'attirer l'attention sur le fait que cette période en détention est particulièrement longue pour un enfant, dans des conditions qui, en soi, ont un effet traumatisant, dans un endroit qui peut avoir de graves conséquences pour leur santé physique et mentale.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a déjà jugé qu'une détention de 7, 15 et 18 jours était suffisante pour dépasser le seuil de l'article 3 de la Conv. eur. D.H. La durée de la détention doit être évaluée en combinaison avec l'âge et les conditions de détention de l'enfant. Toutefois, le fait est que, chez les jeunes enfants, le seuil de l'article 3 de la Conv. eur. D.H. est automatiquement plus vite dépassé : les enfants plus âgés ont en effet davantage conscience de leur détention et sont, de ce fait, particulièrement sensibles à ses effets psychologiques néfastes (voir CEDH, Popov c. France).

La détention maximale de 28 jours dépasse largement tous les seuils qui ont déjà été établis par la CEDH pour conclure à une violation de l'article 3 de la Conv. eur. D.H. Même la « brève » détention de 14 jours peut, dans certains cas, être suffisante pour entraîner une violation de l'article 3 de la Conv. eur. D.H.

## ii. **Formation du personnel**

Bien que des coaches spécialisés soient prévus dans le nouveau centre de détention, on ne sait pas clairement si et comment le personnel de surveillance a bénéficié d'une formation appropriée pour gérer les besoins des enfants. Néanmoins, la FRA affirme à ce sujet :

*“Staff working in reception facilities must have adequate training, according to Article 18 (7) of the Reception Conditions Directive. Under Article 24 (4), EU Member States have a duty to provide specific training to those working with unaccompanied children. Article 17 (4) of the Return Directive requires that, as far as possible, personnel take into account unaccompanied children's needs; this requirement presupposes that personnel are aware of the rights, needs, and risks of unaccompanied children.”*<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> C. Clark, R. Crombie, J. Head, I. van Kamp, E. Van Kempen, S. A. Stansfeld, Does Traffic-related Air Pollution Associations of Aircraft and Road Traffic Noise Exposure on Children's Health and Cognition? A Secondary Analysis of the United Kingdom Sample From the Ranch Project, American Journal of Epidemiology, vol. 176, iss. 5, août 2012, p. 328.

<sup>123</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 78 disponible sur : <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>

iii. **Risque d'arrestation traumatique : transfert dans les maisons familiales fermées**

Un autre point particulièrement préoccupant est l'absence de procédure spécifique prévue pour transférer les parents et leurs enfants dans le centre fermé. Comme l'arrestation et le moment où les enfants sont arrachés à leur cadre de vie familial peuvent être particulièrement traumatisants, cette procédure doit également être adaptée aux besoins des enfants.

La FRA énonce ainsi que :

*“Short-term holding facilities are often not equipped for holding children and are usually not subject to the same level of independent monitoring as immigration detention facilities. The quality of services and treatment is particularly difficult to uphold when arrivals increase and authorities sometimes have to use facilities not intended for detention.”<sup>124</sup>*

Aucune garantie n'a été donnée par les autorités belges compétentes sur ce point.

## **6. Conclusion**

La détention des enfants entraîne toujours des atteintes graves à leurs droits. Leur détention sur la seule base du statut migratoire de leurs parents est en contrariété avec la Convention internationale relative aux Droits de l'enfant. Les instruments régionaux européens comme la Conv. eur. D.H. et les directives de l'Union européenne imposent, eux aussi, des conditions particulièrement strictes pour la détention des enfants migrants. Ainsi, la compatibilité avec l'article 5 de la Conv. eur. D.H. doit être vérifiée et leur détention doit être prévue dans la loi et servir un but légal. La CEDH stipule en outre clairement que l'intérêt supérieur de l'enfant exige que toutes les alternatives à la détention soient organisées et appliquées. Enfin, le respect des articles 3 et 8 de la Conv. eur. D.H. est également mis en péril : la vie familiale et privée doit être respectée et il convient de veiller de manière particulièrement stricte aux conditions de détention, qui doivent être adaptées aux besoins des enfants.

La durée prolongée de la détention, les conditions inadaptées en raison, entre autres, de la situation du centre fermé à côté de l'aéroport le plus fréquenté de Belgique, les nombreuses incertitudes qui existent en ce qui concerne le transfert dans le centre fermé et la formation du personnel poussent NANSSEN à conclure que la détention des enfants dans les maisons familiales du centre de rapatriement 127bis ne satisfait pas aux standards légaux internationaux, régionaux et belges en matière de droits fondamentaux.

Novembre 2018

---

<sup>124</sup> FRA, European legal and policy framework on immigration detention of children, 2017, p. 77 disponible sur : <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-migrant-detention>