

Commentaire de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 12 octobre 2006 *

par Benoît Van Keirsbilck

La plupart des pays d'Europe enferment des enfants étrangers dans le cadre de leur politique relative à la migration, soit pour les empêcher d'entrer, soit pour les forcer à repartir. Les conditions, la durée, le contrôle de la détention ainsi que les recours varient fortement d'un endroit à l'autre ⁽¹⁾.

Certains n'enferment que les mineurs accompagnés alors que d'autres n'enferment que les mineurs non-accompagnés. Seule une minorité de pays n'y recoure pas.

Dans nombre de pays, ce phénomène est manifestement en augmentation ces dernières années ce qui est particulièrement inquiétant d'autant que les conditions de détention sont souvent totalement inadaptées au jeune âge des enfants et à leur qualité de «non-accompagnés».

1. Les principes

Divers principes des conventions internationales sont applicables à la question de la détention de mineurs étrangers et de leur expulsion du territoire.

a. Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE)

Plusieurs articles de la CIDE trouvent à s'appliquer dans le cas qui nous occupe. Citons tout d'abord l'article très général qui fonde cette Convention : l'article 3. Celui-ci pose comme principe que «*1. 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*». Cet article se poursuit en prévoyant que : «*2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées*.

Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.

Plus spécifiquement s'agissant de la demande d'un enfant d'entrer ou quitter un pays aux fins de réunification familiales, l'article 10 de la CIDE précise que les États doivent la considérer «*dans un esprit positif, avec humanité et diligence*» et que les mêmes États «*veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille*».

S'agissant d'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne, les États doivent prendre les mesures appropriées pour qu'il «*bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et*

les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme ou de caractère humanitaire». Ce qui implique la recherche des parents, la récolte d'informations en vue de réunir la famille et la mise en place d'une protection identique à celle de tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

Quant à la détention en tant que telle, elle est visée par l'article 37 de la CIDE qui prévoit l'interdiction de la privation de liberté illégale ou arbitraire et précise que celle-ci doit être «*en conformité avec la loi et n'être qu'une mesure de dernier ressort, aussi brève que possible*». Cet article précise aussi que «*tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles*».

Voyez page 37 de ce numéro.

Des conditions de détention identiques à celles d'une personne adulte

b. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

La CEDH contient aussi diverses dispositions applicables à la détention et au refoulement des mineurs étrangers : l'interdiction des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3), le droit à la liberté et à la sûreté sauf exceptions très strictes (art. 5) :

«d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée par son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;

(...) f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours».

La CEDH reconnaît le droit à un recours effectif : la *«personne privée de liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale»* (art. 5, §4).

Citons encore le principe du *«respect de sa vie privée et familiale»* (art. 8) et la limitation de l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit *«que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui»*.

Bien d'autres réglementations peuvent aussi trouver à s'appliquer mais il serait fastidieux de tout énumérer. Pensons notamment, sans être exhaustifs, aux résolutions du Conseil de l'Union européenne traitant des mineurs non accompagnés, des règles des Nations unies relatives au traitement des mineurs privés de liberté, aux recommandations du Comité des droits de l'enfant dans leurs observations relatives à différents pays et

aux commentaires généraux du même Comité relatifs à la situation des mineurs non accompagnés ⁽²⁾.

2. Application aux mineurs non accompagnés : le cas de Tabitha

Les principes qui précèdent ont été à la base d'une décision toute récente de la Cour européenne des droits de l'Homme .

La Cour, saisie par la maman de Tabitha et l'enfant elle-même a été amenée à vérifier si la détention et l'expulsion de Tabitha était conforme à la CEDH.

Plusieurs questions particulières vont tenir l'attention de la Cour :

- La détention de Tabitha a-t-elle constitué un traitement inhumain et dégradant ? Cette question se posera tant pour l'enfant que pour la maman ?
- A-t-elle porté atteinte à la vie privée et familiale de l'enfant et sa maman ?
- Était-elle légitime et opportune ?
- Tabitha a-t-elle bénéficié du droit à un recours effectif ?
- L'expulsion de Tabitha a-t-elle constitué un traitement inhumain et dégradant ?
- A-t-elle porté atteinte à la vie privée et familiale de l'enfant et sa maman ?

a. La détention de Tabitha a-t-elle constitué un traitement inhumain et dégradant ?

La Cour commence par rappeler que l'article 3 de la Convention ne ménage aucune exception. Cette prohibition absolue de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques.

Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité qui dépend de la nature et du contexte du traitement ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou men-

taux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime.

Les conditions de la détention de Tabitha, alors âgée de cinq ans, étaient les mêmes que celles d'une personne adulte. L'enfant a été détenue dans un centre initialement conçu pour adultes alors qu'elle était séparée de ses parents et ce, sans que quiconque n'ait été désigné pour s'en occuper, ni que des mesures d'encadrement et d'accompagnement psychologiques ou éducatives ne soient dispensées par un personnel qualifié, spécialement mandaté à cet effet. Cette situation a perduré durant deux mois.

Le bénéfice d'une assistance juridique, les contacts téléphoniques quotidiens avec sa mère ou son oncle et l'attention accordée par les membres du personnel du centre ne sont pas suffisants pour satisfaire à l'ensemble des besoins d'un enfant de cinq ans.

La Convention impose que soient prises des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ces dispositions doivent permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance.

La situation personnelle de Tabitha se caractérisait par son très jeune âge, le fait qu'elle était étrangère en situation d'illégalité dans un pays inconnu et qu'elle n'était pas accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même. Elle se trouvait donc dans une situation d'extrême vulnérabilité. C'est cet élément qui est **déterminant et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal** de l'enfant : pour la Cour, **il faut traiter un enfant étranger d'abord comme un enfant et pas comme un étranger en séjour illégal**.

La juridiction naturelle chargée de protéger les mineurs en danger en Belgique est le juge de la jeunesse qui n'avait pourtant pas la possibilité de contrôler les conditions de détention. La seule juridiction compétente concernant la détention est la Chambre du conseil qui n'a pas à se prononcer sur l'opportunité ou les conditions de détention ou encore

La détention a retardé de manière significative les retrouvailles entre Tabitha et sa maman

d'aménager et de mettre en place une situation alternative.

Pour la Cour, la détention de Tabitha dans les conditions décrites l'a placée dans un état de profond désarroi. **Les autorités ne pouvaient ignorer les conséquences psychologiques graves** de celle-ci. Pareille détention fait **preuve d'un manque d'humanité** et atteint le seuil requis pour être qualifiée de traitement inhumain.

La Cour a aussi estimé que la maman de Tabitha a aussi subi un traitement inhumain ou dégradant : elle a subi, en tant que mère, une souffrance et une inquiétude profondes du fait de la détention de sa fille; en tant que parent, elle a aussi été victime des mauvais traitements imposés à sa fille et ce indépendamment de l'attitude éventuellement critiquable de la maman.

b. La détention a-t-elle constitué une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant et sa maman ?

Pour la Cour il n'y a pas de doute que le lien entre l'enfant et sa maman relève d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention même si l'une et l'autre ont été séparées (la vie familiale n'a été interrompue qu'en raison de la fuite de la maman par crainte sérieuse de persécution au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés). Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale.

La mesure de détention s'analyse en une ingérence dans les droits protégés par l'article 8 de la Convention des deux requérantes. Cette ingérence, pour être admissible, doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être une mesure nécessaire dans une société démocratique.

En l'espèce, la détention a un fondement légal puisqu'elle a été prise dans le cadre du contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur le territoire de l'État belge.

Par contre, il convient de vérifier si la détention se révélait nécessaire, dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux, et

notamment, proportionnée au but légitime poursuivi. Pour ce faire, la tâche de la Cour consiste à déterminer si la mesure de détention prise à l'égard de la seconde requérante a, en l'espèce, respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence.

La détention dans les centres de rétention d'étrangers en attente d'expulsion n'est acceptable que pour permettre aux États de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux, au rang desquels se trouvent ceux nés de la Convention ainsi que de la Convention de New York de 1989 sur les droits de l'enfant.

Le souci des États de déjouer les tentatives de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions pas plus qu'elle ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non accompagné, de la **protection liée à son état**. Il y a donc nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États.

La détention a retardé de manière significative les retrouvailles entre Tabitha et sa maman et l'action des autorités n'a nullement tendu à la réunion de la mère et de sa fille mais l'a au contraire contrariée. La Cour considère que les autorités belges **auraient dû faire des démarches** approfondies auprès des autorités canadiennes visant à éclaircir la situation et à réunir les intéressées.

La Cour estime également que le grief peut être analysé sous l'angle de la vie privée qui couvre **l'intégrité physique et morale d'une personne**; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables. En l'absence de tout risque que la seconde requérante ne se soustraie au contrôle des autorités belges, **sa détention en centre fermé pour adultes ne répondait à aucune nécessité**. D'autres mesures paraissant conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la Convention sur les droits de l'enfant étaient en effet envisageables, comme le placement en centre spécialisé ou en famille d'accueil.

La tentative de l'oncle de tromper les autorités belges en faisant passer l'enfant pour sa fille ne peut en aucun cas être imputée à l'enfant, vu son très jeune âge. Il en va de même quant à l'attitude de sa mère et de sa famille. Étant donné que Tabitha était une mineure étrangère non accompagnée, l'État belge avait pour obligation de faciliter la réunification familiale. Elles ont subi une ingérence disproportionnée dans leur droit au respect de leur vie familiale.

c. La détention était-elle légale et opportune ?

Les requérantes ont également fait valoir que la détention de Tabitha viole l'article 5 § 1 d) de la Convention :

*«1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...)
d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente».*

En d'autres termes, un État peut-il détenu un enfant dans un autre cas que celui mentionné dans cette disposition qui est la seule qui s'adresse spécifiquement aux mineurs.

Les États ont le droit de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire mais ce droit doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention, dont l'article 5.

Cet article fixe un principe visant la liberté physique de la personne et prévoit certaines exceptions qui ont pour but de protéger l'individu contre l'arbitraire. La liste de ces exceptions revêt un caractère exhaustif et seule une interprétation étroite cadre avec le but de cette disposition.

La légalité : la détention doit être régulière tant au regard du droit interne (règles de fond comme de procédure) que de la Convention (conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5). La Cour commence par constater que la reconnaissance de l'illégalité de la détention par la Chambre du conseil n'a pas mis fin à la détention litigieuse.

La loi sur la base de laquelle Tabitha a été détenue ne contient aucune disposi-

Un manque de préparation et une absence de mesures d'encadrement et de garanties entourant le refoulement

tion spécifique aux mineurs d'âge. Ainsi, pour la Cour, les dispositions relatives à la privation de liberté de l'étranger s'appliquent sans que la minorité d'âge de l'étranger n'entre en ligne de compte.

Pour la Cour le paragraphe d) de l'article 5 (privation de liberté en vue de l'éducation surveillée ou de le traduire devant l'autorité compétente) ne comporte pas le seul cas de détention possible pour un mineur d'âge.

Il s'agit d'un cas spécifique, mais non exclusif, de détention du mineur d'âge.

Pour la Cour, la détention était motivée par le caractère illégal du séjour de Tabitha et se rattache donc au paragraphe f) de l'article 5 de la Convention qui permet l'arrestation ou la détention «régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours».

Mais cela ne signifie par pour autant que la détention soit régulière au sens de cette disposition. En effet, un lien doit exister entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention.

Or, Tabitha a été détenue dans un centre fermé conçu pour des adultes étrangers en séjour illégal, dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte, qui n'étaient par conséquent pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée. Le système juridique belge n'a pas garanti de manière suffisante le droit de Tabitha à sa liberté. Il y a donc eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention à son égard.

d. Tabitha a-t-elle bénéficié du droit à un recours effectif ?

La Cour a limité l'examen des voies de recours à l'article 5 § 4 de la Convention puisque celui-ci est plus précis que l'article 13.

La procédure prévue à l'article 5 § 4 exige de donner à l'individu des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté. Des voies de recours doivent être disponibles durant la détention d'un individu, afin que celui-ci puisse obte-

nir un contrôle juridictionnel rapide de la légalité de sa détention susceptible de conduire, le cas échéant, à sa remise en liberté.

Le refoulement de Tabitha a été programmé par les autorités belges le lendemain de l'introduction de la demande de remise en liberté auprès de la chambre du conseil, soit avant même que cette juridiction ne statue et n'a, à aucun moment, été remis en cause par ces autorités.

Le refoulement est intervenu à la date prévue, alors que le délai suspensif de vingt-quatre heures dont disposait le procureur du Roi pour faire appel n'était pas écoulé. Ce dernier a volontairement laissé sa décision en suspens après avoir reçu une lettre des autorités belges. **La décision de remise en liberté par la chambre du conseil n'a pas eu d'effet sur la position des autorités belges.**

Le recours est donc clairement apparu dépourvu de tout effet utile.

e. L'expulsion de Tabitha a-t-elle constitué un traitement inhumain et dégradant ?

La Cour a constaté le manque de préparation et l'absence de mesures d'encadrement et de garanties entourant le refoulement qui est intervenu malgré l'ordonnance de libération prise par la chambre du conseil au motif que sa détention était illégale et que le HCR avait informé les autorités de la qualité de réfugiée de la maman au Canada.

S'agissant des conditions de voyage, la Cour estime que raccompagner l'enfant jusqu'à la douane est nettement insuffisant et note que Tabitha a effectué le voyage seule, sans être accompagnée par une personne adulte à qui cette mission aurait été confiée par les autorités belges.

Quant à son accueil sur place, les autorités belges se sont contentées d'informer l'oncle, seul parent identifié à Kinshasa, de l'arrivée de sa nièce mais n'ont pas requis sa présence de manière expresse et ne s'en sont pas davantage assurées. Elles n'avaient par ailleurs pas envisagé ni mis en place une solution d'accueil de rechange et c'est dans une totale improvisation et après que l'enfant avait dû attendre un certain temps à

l'aéroport qu'une solution a été trouvée par les autorités congolaises.

Les autorités belges n'ont donc pas veillé à ce qu'une prise en charge effective de Tabitha ait lieu et n'ont pas tenu compte de la situation réelle que risquait d'affronter l'enfant lors de son retour dans son pays d'origine.

L'accompagnement pendant le vol (par une hôtesse de l'air désignée par la compagnie aérienne) et la prise en charge sur place (par une représentante des autorités congolaises) après une attente de près de six heures à l'aéroport ne suffit pas à considérer que les autorités belges auraient rempli leurs obligations.

Le refoulement de Tabitha, dans de telles conditions, lui a nécessairement causé un sentiment d'extrême angoisse et fait preuve d'un manque flagrant d'humanité envers sa personne, eu égard à son âge et à sa situation de mineure non accompagnée de sorte qu'il atteint le seuil requis pour être qualifié de traitement inhumain. Ce refoulement constitue un manquement aux obligations positives de l'État belge, qui s'est abstenu de prendre les mesures et précautions requises.

Le refoulement constitue bien un traitement inhumain ou dégradant de la maman et sa fille.

f. L'expulsion de Tabitha a-t-elle porté atteinte à la vie privée et familiale de l'enfant et sa maman ?

La Cour rappelle que l'État belge était en l'espèce tenu à des obligations positives en vue de faciliter la réunification familiale. Il était tenu de prendre l'enfant en charge. Or, son refoulement n'a pas tendu à la réunion de l'enfant avec sa maman pas plus d'ailleurs qu'avec un autre membre de sa famille.

Dans ces conditions, l'État belge a manqué à ses obligations positives et porté atteinte de façon disproportionnée au droit des requérantes au respect de leurs vies familiales.

3. Portée et effets de l'arrêt

L'arrêt est bien sûr applicable dans les circonstances précises de l'espèce : une

Peut-on justifier l'enfermement en vue de protéger l'enfant ?

mineure non accompagnée, de cinq ans, dont la maman est reconnue réfugiée dans un pays tiers, qui a été en détention pendant deux mois, dont le recours contre le maintien en détention a été jugé positivement mais n'a pas été respecté par les autorités et qui a été expulsée sans garanties d'accueil.

Est-ce à dire que, dans toute autre hypothèse, les conclusions de la Cour ne trouveraient pas à s'appliquer ? Ce sera certainement la ligne de défense des autorités belges mais ce n'est certainement pas l'interprétation limitée qu'en a fait la Cour.

Le très jeune âge, la durée de la détention, le caractère de «mineure non accompagnée», les conditions du refoulement sont évidemment des conséquences aggravantes qui ont justifié une sévérité sans pareille de la Cour. Il faut reconnaître que l'État belge a, en la matière, eu tout faux du début à la fin. Il n'y a pas une action mise en place par l'État belge qui a trouvé grâce aux yeux de la Cour.

La défense de l'État belge en reportant ses carences sur l'attitude de la maman et des membres de la famille est tout autant critiquable : l'enfant n'a pas à supporter les fautes commises par ses parents.

L'État belge était bien entendu conscient du risque de se faire sévèrement condamner et a donc essentiellement axé sa défense sur des règles de procédure dont le non épuisement des recours internes. Ceci ayant été écarté par un arrêt du 26 janvier 2006 que nous n'analyserons pas ici mais qui n'est pas non plus sans intérêt⁽³⁾.

Reste à déterminer la portée de l'arrêt à d'autres mineurs (on se limitera à cet aspect de la question même si certaines considérations de la Cour pourraient aussi se révéler plein d'enseignements pour ce qui concerne la détention et le refoulement d'adultes).

a. Peut-on encore détenir un mineur pour motif de migration ?

La Cour semble, à première vue, répondre positivement à cette question. En effet, en considérant que l'article 5, §1^{er},

f (détention des étrangers dans le cadre du contrôle de la migration) est applicable à Tabitha, la Cour n'a pas exclu catégoriquement d'autres formes d'enfermement d'enfants que celles qui les visent spécifiquement (art. 5, §1^{er}, d).

Quant à la légalité de la détention en droit interne, on peut regretter que la Cour ait toléré que «les dispositions relatives à la privation de liberté de l'étranger s'appliquaient sans que la minorité d'âge éventuelle de l'étranger n'entre en ligne de compte». Ne faudrait-il pas au contraire considérer que la détention d'un enfant, dès lors qu'il s'agit d'une mesure tellement exceptionnelle et tellement attentatoire à des droits fondamentaux, pour être légale, devrait nécessairement être visée «*expressis verbis*» dans la loi ? Loi qui devrait par la même occasion prévoir toutes les garanties relatives aux conditions de détention, à la durée de celle-ci, au contrôle, aux recours, etc. ?

Ceci étant, la Cour a tenu à baliser de manière très stricte la privation de liberté d'un enfant dans ce cadre-là. Elle a critiqué la détention dans un centre fermé conçu **pour des adultes étrangers en séjour illégal, dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte, qui n'étaient par conséquent pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité** liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée.

Bien plus, la Cour a fait un lien explicite avec la CIDE qui comporte des précisions concernant la détention :

- il doit s'agir d'une mesure exceptionnelle, de dernier ressort;
- prise pour la durée la plus courte possible;
- la détention des enfants doit se faire de manière séparée des adultes;
- elle doit être prise dans leur intérêt supérieur.

En outre, la détention ne pourrait être admissible que si elle ne porte pas une atteinte disproportionnée à d'autres droits fondamentaux de l'enfant. Ainsi, il s'agit bien entendu de respecter le droit à l'éducation, à l'épanouissement personnel, aux loisirs, etc.

b. D'où la question : est-il possible d'améliorer les conditions de détention pour les rendre conformes à l'article 3 de la CEDH ?

La Cour ne tranche bien évidemment pas cette question, ce n'est pas à elle de donner des recettes aux États parties. Mais la sévérité de l'arrêt jette un doute sérieux quant à la possibilité de concilier le respect des droits fondamentaux des enfants et la privation de liberté qui leur est imposée.

Il faudrait cumuler tellement de conditions qu'il est difficile, voire impossible, d'imaginer que l'on puisse combiner détention d'un mineur étranger non accompagné et respect des droits fondamentaux. Il reviendrait en tout cas aux États qui, malgré cet arrêt, voudraient persister dans cette pratique, de démontrer qu'il ne porte pas une atteinte disproportionnée aux autres droits de ces mineurs et qu'il n'entraîne pas un sévère traumatisme pour l'enfant.

c. Le risque de se soustraire au contrôle des autorités peut-il justifier la détention ?

La Cour a considéré que «en l'absence de tout risque que la seconde requérante ne se soustraie au contrôle des autorités belges, sa détention en centre fermé pour adultes ne répondait à aucune nécessité».

Est-ce à dire que s'il y a un risque que l'enfant se soustraie au contrôle des autorités (par exemple dans le cadre des craintes de disparition que l'on peut avoir à l'égard de victimes de la traite des êtres humains), la détention est justifiée ? Peut-on justifier l'enfermement en vue de protéger l'enfant ?

Une fois encore, ce serait oublier que la détention n'est admissible que comme mesure de dernier ressort et qu'on est en droit d'attendre d'un État partie à la Convention qu'il adopte des mesures positives pour ne pas devoir recourir à une atteinte à la vie privée et familiale.

La Cour ajoute d'ailleurs que «d'autres mesures paraissant conformes à l'inté-

Pas question de «libérer» en refoulant si les garanties d'accueil rappelées par la Cour ne sont pas réunies !

rêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la Convention sur les droits de l'enfant étaient en effet envisageables, comme le placement en centre spécialisé ou en famille d'accueil».

On ne peut donc se contenter d'évoquer un risque de disparition pour rendre l'enfermement admissible. La Cour rappelle aussi qu'un lien doit exister entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention.

d. Cet arrêt peut-il être applicable aux mineurs accompagnés de leurs parents (ou d'un autre adulte) ?

L'arrêt rappelle souvent les circonstances de l'espèce, c'est-à-dire le fait qu'il s'agisse d'une mineure non accompagnée.

Bien évidemment, s'agissant du droit au respect de la vie familiale, il se posera différemment si on a affaire à un mineur accompagné d'un parent. Quoique, si l'enfant est séparé d'un autre parent du fait de la détention, l'arrêt dispose clairement que l'État partie a l'obligation de tout mettre en œuvre pour garantir la réunification de la famille.

Notons que le caractère de «non-accompagné» de Tabitha a été plusieurs fois pointé comme une «circonstance aggravante» : «*par ailleurs, le souci des États de rejouer les tentatives de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions pas plus qu'elle ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non accompagné, de la protection liée à son état. Il y a donc nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États*».

Un étranger doit, pour la Cour de Strasbourg, bénéficier de la protection accordée par les conventions et un mineur étranger ne peut être privé de la protection liée à son état.

D'autres considérations de la Cour dans le cas d'espèce trouvent à s'appliquer pour le mineur accompagné : limiter l'ingérence dans la vie privée, lui garantir la protection et les soins nécessaires pour

son bien être (art. 3.2 CIDE), séparation des adultes, traitement avec humanité, etc.

e. Un refoulement équivaut-il à une remise en liberté ?

L'arrêt mentionne : «*À supposer que le refoulement de la seconde requérante puisse être considéré comme équivalent à la remise en liberté exigée par l'article 5 § 4 de la Convention, il découle des considérations qui précèdent que celui-ci est sans lien avec l'exercice dudit recours et le fait que celui-ci ait été accueilli*».

Ceci s'explique d'abord et avant tout du fait que l'État belge, dans sa défense, a justifié sa position en considérant que le refoulement équivaut à une remise en liberté. On peut même affirmer qu'il s'agit-là d'un refrain connu.

La Cour n'approuve ni ne désapprouve cette affirmation mais constate que ce n'est pas le recours introduit qui a permis la remise en liberté. Nous ne saurons donc pas à ce stade si l'on peut ou non considérer ce refoulement comme une remise en liberté. Il reste que les conditions du rapatriement et les garanties exigées pour un accueil sur place sont de première importance. Donc, pas question de «libérer» en refoulant si les garanties d'accueil rappelées par la Cour ne sont pas réunies !

De la même manière, les autorités belges mais aussi d'autres pays, ont parfois tendance à affirmer qu'elles ont libéré une personne en la maintenant dans la zone de transit de l'aéroport. Il s'agit d'une zone qui n'est aucunement prévue pour permettre à une personne de vivre dignement. Cette pratique doit en tout état de cause être condamnée comme constituant un traitement inhumain et dégradant. Si l'enfermement dans un centre fermé atteint le degré requis pour être considéré comme tel, a fortiori en va-t-il ainsi pour une «libération» en zone de transit.

4. Conclusions

La Cour rappelle de manière salutaire que :

- il faut traiter les enfants étrangers comme des enfants;

- il n'est pas question de faire payer aux enfants les fautes ou erreurs des parents;

- un enfant séparé de ses parents a d'abord besoin d'une protection équivalente à celle qui est proposée aux enfants séparés de leur famille.

Que retenir de tout ce qui précède ?

Premièrement, mais ce n'est malheureusement pas neuf, qu'un État se disant démocratique, évolué, soucieux du respect des droits fondamentaux, est capable de violations extrêmement graves de droits de l'Homme et de l'enfant.

On aurait tendance à dire, face à la situation décrite, qu'on n'a pas besoin de conventions internationales : un minimum d'humanité, voire de bon sens, devrait suffire pour dire qu'on ne traite pas un enfant de cinq ans comme ça.

Ceci étant, dès lors que les États sont capables du pire, l'existence de ces conventions est évidemment une protection fondamentale.

Deuxièmement, que les mécanismes de respect des droits fondamentaux, même s'ils n'ont pas pu empêcher ou prévenir les dérives, permettent un contrôle a posteriori très important.

Troisièmement, qu'il ne faut jamais hésiter à, d'une part, invoquer les principes fondamentaux dans tous les recours, toutes les actions en justice que l'on développe et d'autre part, qu'on peut réellement faire avancer le respect des droits fondamentaux en allant jusqu'au bout des procédures et en saisissant les juridictions internationales.

Quatrièmement, que le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme est évidemment de la plus haute importance mais qu'il ne faut pas négliger non plus les autres mécanismes chargés de garantir le respect de ces principes. Pensons notamment au mécanisme de contrôle de l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant sur laquelle la Cour s'est d'ailleurs fondée dans cet arrêt.

Il s'agit maintenant de relancer le combat contre l'enfermement illégal et arbitraire d'enfants, dans des conditions intolérables, en utilisant ce formidable arrêt que la Cour nous a offert.