
Trib première instance Bruxelles (référé) - 17 novembre 2003

Droit judiciaire – droit d'action d'une association – Préjudice affectant son objet social – Primauté du droit international - Recevabilité.

Référé – Urgence – Notion.

Détention d'un mineur à la frontière – Légalité – Droit interne – Convention européenne des droits de l'Homme – Convention internationale des droits de l'enfant – Pas d'illégalité mais conditions limitatives – Examen au cas par cas.

Refoulement ou expulsion de mineurs non accompagnés – Traitement inhumain et dégradant – Interdiction du refoulement sans garanties réelles d'accueil tant que la loi tutelle n'est pas en vigueur.

Un groupement n'a pas d'action pour obtenir réparation d'un préjudice affectant le but pour lequel il est constitué. Cependant, en raison de la primauté du droit international conventionnel directement applicable, la règle de droit interne selon laquelle l'action d'intérêt collectif n'est pas recevable hors les cas expressément prévus par le législateur est inapplicable si, comme en l'espèce il est établi que seule cette inapplication serait de nature à garantir l'efficacité de la défense des droits subjectifs des mineurs non accompagnés fondés sur l'article 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Si en théorie, les mineurs étrangers non accompagnés ont la possibilité de faire valoir leurs droits en justice, la situation de fragilité dans laquelle se trouvent ces mineurs non accompagnés ne bénéficiant d'aucune représentation légale adéquate empêche de considérer qu'actuellement les mineurs non accompagnés se trouvent à même de solliciter en justice la protection de leurs droits. Seule une action collective permet de prévenir de nouvelles violations éventuelles des droits des mineurs non accompagnés.

Il y a urgence à statuer sur la demande, l'écoulement du temps ne faisant qu'accentuer la situation.

La détention d'un mineur étranger ne semble pas contraire à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (point f de la disposition). La détention d'un mineur n'est pas illégale en tant que telle au regard de l'article 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant mais il s'agit d'une mesure exceptionnelle qui ne peut être prise que dans certaines conditions limitatives : la détention doit être conforme à la loi, être une mesure prise en dernier ressort (c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas d'autres possibilités de prise en charge), être aussi brève que possible et doit être prise en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Seul un contrôle de chaque cas d'espèce permettra, en conséquence, de déterminer si la mesure de détention est effectivement prise en dernier ressort, parce qu'aucune autre alternative ne paraît possible compte tenu des circonstances propres à l'espèce et que sa durée est effectivement aussi brève que possible.

Quant à l'éloignement du territoire, de jeunes mineurs risquent de se trouver totalement livré à eux-mêmes dans un pays qu'ils ont parfois fui et dans lequel ils n'ont, peut-être, plus aucune famille. Cette situation est une source évidente de danger pour les mineurs. Refouler des mineurs sans s'être assuré d'une possibilité de prise en charge fiable sur place paraît donc pouvoir effectivement être assimilé à un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est important de bénéficier de réelles garanties quant à la prise en charge de l'enfant avant de procéder à une mesure d'éloignement. Le seul accompagnement de l'enfant lors de son trajet de retour par un membre de l'Office des étrangers ne paraît pas être une mesure suffisante.

Il convient d'interdire à l'Etat belge de procéder à l'expulsion ou au refoulement du mineur s'il ne dispose pas de réelles garanties quant à l'accueil et la prise en charge adéquate du mineur et ce, tant que la loi du 24 décembre 2002 n'est pas en vigueur.

En cause de l'A.S.B.L. Défense des enfants international c. /l'Etat belge

Objet de la demande :

La demande tend, sous le bénéfice de l'urgence, à entendre :

- faire interdiction à l'Etat belge de priver un mineur de liberté pour cause d'immigration,
- faire interdiction à l'Etat belge de procéder à l'expulsion ou au refoulement d'un mineur tant que la loi du 4 décembre 2002 n'est pas en vigueur,
- faire injonction à l'Etat belge de réaliser une enquête confiée à une instance indépendante, sur l'ensemble des mineurs arrivés en Belgique ces deux dernières

années qui ont fait l'objet d'un refoulement à la frontière pour déterminer les raisons de ces refoulements, le respect des droits de ces enfants et surtout les garanties prises pour s'assurer que la famille de l'enfant puisse accueillir et se charger de l'enfant dans des conditions adéquates,

- faire injonction à l'Etat belge de réaliser une enquête confiée à une instance indépendante pour retrouver tous les enfants expulsés depuis deux ans et déterminer leurs conditions d'existence actuelles ;

Situation du litige:

L'asbl Défense des enfants international a pour mission statutaire de :

servir de point de convergence et d'initiateur en faveur d'efforts actuels et futurs destinés aux échelons local, national, régional et international, à faire progresser, protéger et défendre les droits de l'enfant dans tous les domaines et tout particulièrement ceux qui figurent dans les déclarations et instruments internationaux,

faire en sorte que, dans des situations spécifiques qui voient les droits de l'enfant menacés ou violés, l'enfant concerné bénéficie du meilleur niveau de protection et défense possible,

favoriser un climat de solidarité internationale et nationale entre les peuples et des organisations représentant les intérêts les plus divers afin de favoriser les activités en faveur des enfants et le respect des droits de l'enfant,

sur la base des principes contenus dans ses statuts et dans la Déclaration des droits de l'enfant qui sont, ou pourraient devenir, victimes de violation de ces droits ;

L'asbl Défense des enfants international est préoccupée par la situation des mineurs étrangers non accompagnés d'un parent, d'un représentant légal ou d'une personne qui exerce à leur égard l'autorité parentale ;

Trois problèmes retiennent particulièrement son attention : l'enfermement, le rapatriement forcé et la disparition dans le pays d'origine après rapatriement : Elle constate que la récente actualité a mis en évidence ces questions, notamment lors de l'affaire dite « Tabita » du nom de cette jeune congolaise de 5 ans maintenue en centre fermée pendant deux mois avant d'être refoulée sans accompagnement vers le Congo et sans qu'aucun accueil ne soit organisé sur place ; Elle précise que le cas de Tabita ne constitue pas un cas isolé ;

Le 24 décembre 2002 une loi-programme relative à la tutelle des mineurs étrangers non accompagnés a été votée ; Cette loi crée auprès du Service public fédéral Justice un service dénommé « service des tutelles » chargé de mettre en place une tutelle spécifique sur les mineurs non accompagnés ; Les tuteurs ont pour mission de représenter les mineurs non accompagnés dans tous les actes juridiques et dans le care de toute la procédure administrative ou judiciaire mais également de rechercher une solution durable conforme à l'intérêt du mineur ;

L'article 28 de la loi précise que la date d'entrée en vigueur du chapitre relatif à la tutelle sera fixée par le Roi, par un arrêté délibéré en Conseil des Ministres ; Cet arrêté n'a pas encore été adopté de telle sorte que la loi n'est, à ce jour, pas encore entrée en vigueur ;

Par lettre du 5 mars 2003, l'asbl Défense des enfants international a interpellé le Ministre de l'Intérieur sur la situation des mineurs étrangers non accompagnés et a sollicité que des enquêtes soient effectuées sur l'ensemble des mineurs arrivés en Belgique ces deux dernières années et qui ont fait l'objet d'un refoulement, notamment en vue de retrouver ces derniers ; Dans l'attente, elle a sollicité qu'il soit mis fin à tout refoulement de mineurs tant que la loi du 24 décembre 2002 n'était pas entrée en vigueur ;

L'Etat belge a répondu à ce courrier par lettre du 24 mars 2003 insistant sur le fait que la loi du 24 décembre 2002 ne modifiait en rien la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et que l'état de minorité ne procurait pas d'accès automatique au territoire ;

Discussion :

1. Quant à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire :

Attendu que l'Etat belge estime que le Juge des référés est sans compétence pour connaître de la

demande, l'asbl Défense des enfants international n'ayant aucun droit subjectif à faire valoir dans le cadre du présent litige ;

Attendu que la demande de l'asbl Défense des enfants international tend à ce qu'il soit mis fin à la violation des droits fondamentaux des mineurs étrangers non accompagnés et notamment que ces derniers ne soient plus victime de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Que la demande porte, en conséquence, sur la protection de droits subjectifs ;

Qu'elle est dès lors de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ;

2. Quant à l'intérêt à agir :

Attendu qu'en vertu de l'article 17 du Code judiciaire, l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour agir ;

Que l'intérêt est tout avantage – matériel ou moral – effectif mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme ;

Que l'intérêt doit être direct et personnel ;

Attendu qu'une personne morale peut théoriquement engager trois types d'actions :

une action d'intérêt propre par laquelle elle vise à défendre ses intérêts patrimoniaux et extra-patrimoniaux ;

une action de défense des intérêts individuels de tout ou partie de ses membres,

une action d'intérêt collectif tendant à protéger la fin en vue de la défense de laquelle elle s'est constituée (Closset-Marchal, L'action d'intérêt collectif au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, in Les actions collectives devant les différentes juridictions, Formation permanent CUP 2001, p. 11 et suiv.) ;

Qu'une jurisprudence constante de la Cour de cassation considère toutefois que « l'intérêt propre d'une personne morale ne comprend que ce qui concerne l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux et ses droits moraux, spécialement son patrimoine, son honneur et sa réputation » et que « le seul fait qu'une personne morale ou physique poursuit un but, fut-il statutaire, n'entraîne pas la naissance d'un intérêt propre au sens de l'article 17 du code judiciaire. » (Cass., 19 sept. 1996, R.C.J.B, 1997, pp. 105 et s.) ;

Que seul le premier type d'action est donc considéré recevable par la Cour de cassation ;

Qu'un groupement n'a, dès lors, pas d'action pour obtenir réparation d'un préjudice causé à tout ou partie de ses membres ou affectant le but pour lequel il est constitué ;

Qu'il ne peut être dérogé à ce principe que par voie législative (Closset-Marchal, op. cit., p. 7 ; Bruxelles, 27 avril 1999, J.L.M.B. 1999, p. 1381) ;

Que la circonstance que les manquements reprochés à l'Etat belge constitueraient une atteinte à l'objet statutaire de l'asbl Défense des enfants international, ne créée, en conséquence, pas dans son chef un intérêt à agir au sens de l'article 17 u code judiciaire ;

Attendu que l'asbl Défense des enfants international soutient toutefois qu'il convient, en l'espèce, d'écarter l'application de l'article 17 du code judiciaire au nom de la primauté du droit international conventionnel sur le droit interne dans la mesure où, à défaut, les droits fondamentaux des mineurs non accompagnés et plus particulièrement le respect de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne pourrait être garanti ;

Attendu que l'Etat belge estime qu'il n'y a, en l'espèce, aucune contradiction entre l'article 17 et le droit international conventionnel directement applicable, dans la mesure où les mineurs peuvent poser des actes conservatoires pour défendre leurs droits, ce qui implique, qu'ils peuvent agir en justice ;

Attendu qu'il est constant que la primauté du droit international conventionnel directement applicable (tel que l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme invoqué par l'asbl Défense des enfants international) sur la norme de droit interne impose au Juge d'écarter les dispositions de droit interne qui font obstacle à ce qu'il en fasse correctement application (O. De Schutter, Actions d'intérêts collectif, remède collectif, cause significative, note sous Cass. 19.09.96, R.C.J.B. 1997) ; Que ce principe doit trouver à s'appliquer tant pour les normes de droit matériel que pour les normes procédurales ;

Que l'inapplication en raison de la primauté du droit international conventionnel directement applicable de la règle de droit interne selon laquelle l'action d'intérêt collectif n'est pas recevable hors les cas expressément prévus par le législateur, ne pourrait toutefois se justifier en l'espèce, que s'il était établi que seule cette inapplication serait de nature à garantir l'efficacité de la défense des droits subjectifs des mineurs non accompagnés fondés sur l'article 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Voir en ce sens : Bruxelles, 27 avril 1999, op.cit., p. 1389 et note de O. De Schutter, La fonction de l'action d'intérêt collectif dans le contentieux pénitentiaire. Voir également : Civ. Tournai, 16 décembre 1998, p. 685 ; O. De Schutter, op. cit. R.C.J.B. 1997) ;

Attendu que tel est le cas en l'espèce ;

Qu'en effet si en théorie, les mineurs étrangers non accompagnés ont la possibilité de faire valoir leurs droits en justice, il ne peut toutefois être fait abstraction de la situation de fragilité dans laquelle se trouvent ces mineurs non accompagnés et ce, surtout s'il s'agit de jeunes enfants (Tabita était âgée de 5 ans) ;

Qu'à ce jour, les mineurs non accompagnés ne bénéficient d'aucune représentation légale adéquate, la loi du 24 décembre 2002 instituant un mécanisme de tutelle n'étant pas encore entrée en vigueur ;

Qu'il ressort de l'exposé des motifs de ladite loi que l'absence de représentation légale et d'encadrement spécifique des mineurs est un des problèmes importants auquel la loi entend remédier en créant le « Service des tutelles », les dispositifs existant – dont notamment la tutelle des CPAS dont fait état l'Etat belge, étant lacunaires (Chambre des représentants 2002-2003 Doc 502124/015, p. 15 et 16) ;

Qu'il serait, dès lors, illusoire de considérer qu'actuellement les mineurs non accompagnés se trouvent réellement voire toujours à même de solliciter en justice la protection de leurs droits ;

Qu'il convient également de souligner que « la population » des mineurs non accompagnés est mouvante et que, comme

le souligne l'asbl Défense des enfants international, le rapatriement de certains enfants supprime l'intérêt de leur intervention individuelle sans modifier la situation dénoncée qui perdure pour d'autres enfants ;

Que seule une action collective permet, en outre, de prévenir de nouvelles violations éventuelles des droits des mineurs non accompagnés ;

Attendu qu'il convient, par ailleurs, de constater que l'actuelle demande ressort effectivement de l'objet social de l'asbl Défense des enfants international et que cette dernière dispose, en tant qu'association de défense des droits de l'enfant d'une légitimité et reconnaissance dans la mesure où le Mouvement Défense des Enfants international a notamment participé à l'élaboration de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

Attendu qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient d'écarter l'application de l'article 17 du code judiciaire en raison de la primauté du droit international conventionnel directement applicable et de déclarer la demande recevable ;

3. Quant à l'urgence :

Attendu que la demanderesse estime que l'urgence résulte des graves violations des droits de l'homme dont les mineurs non accompagnés sont victimes ;

Attendu que l'Etat belge conteste l'urgence alléguée ; Qu'il estime, d'une part que la partie demanderesse ne peut se prévaloir de l'urgence dans la mesure où celle-ci, à la supposée établie, résulterait de sa propre inertie ou négligence, la demanderesse n'ayant pas pris, en temps voulu, les mesures adéquates prévues par la loi pour parer au préjudice invoqué ;

Que l'Etat belge fait, à cet égard, notamment grief à la demanderesse, qui souligne en termes de conclusions que le problème se pose depuis des années et qui a mis en demeure l'Etat belge de satisfaire aux demandes qu'elle formule actuellement, en date du 5 mars 2003, de ne pas avoir fait application de l'article 14 § 3 de la loi sur le Conseil d'Etat, ce qui lui aurait permis d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat en cas d'absence de réaction dans un délai de 4 mois ;

Que l'Etat belge estime, d'autre part, que la situation dénoncée n'est pas si alarmante, faisant valoir qu'en 2002, seuls 16 mineurs (dont 9 âgés de plus de 16 ans) ont été éloignés vers leur pays et précisant que depuis l'affaire dite « Tabita », les mineurs étrangers non accompagnés qui sont refoulés sont à présent accompagnés d'un membre de l'Office des étrangers ;

Que l'Etat belge ne conteste, en effet, pas que des mineurs non accompagnés font l'objet de mesures de privation de liberté et de refoulement ; Que s'agissant d'examiner le respect de leurs droits fondamentaux, la circonstance que leur nombre soit relativement limité n'est pas de nature à rendre la situation moins préoccupante ; Qu'il conviendra dans le cadre de l'examen du bien fondé de la demande d'examiner si les mesures prises actuellement par l'Etat belge pour remédier à la situation sont suffisantes ;

Que l'argument de l'Etat belge selon lequel la demanderesse ne pourrait se prévaloir, compte tenu de son attitude négligente de l'urgence n'est pas pertinent en l'espèce ;

Que non seulement la situation dénoncée ne résulte pas de l'inertie de la demanderesse mais il ne paraît, en outre, pas établi qu'elle aurait eu la possibilité à plus bref délai d'obtenir ce qu'elle sollicite actuellement ;

Qu'il convient, en outre et surtout, de relever qu'en l'espèce compte tenu des griefs dénoncés l'écoulement du temps ne fait qu'accentuer la situation ;

Qu'il y a, par conséquent, urgence à statuer sur la demande ;

4. Quant au provisoire :

Attendu que l'Etat belge estime que la demande excède les limites du provisoire dans la mesure où l'action ne tend pas à obtenir des mesures afin d'éviter l'aggravation d'un dommage jusqu'à ce qu'il soit statué au fond mais jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi-programme du 24 décembre 2002 ;

Attendu que la précision légale, contenue à l'article 584 al. 1 du code judiciaire, selon laquelle le Juge des référés statue au provisoire a pour unique portée que sa décision n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard du Juge du fond qui ne sera pas lié par ce qu'aura décidé le Juge des référés (J. Englebert, *Le référé judiciaire*, Principes et questions de procédure, in *Le référé judiciaire*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles 2003, p. 25) ;

Que le Juge des référés ne peut, dès lors, rendre une ordonnance dont le dispositif serait déclaratif ou constitutif de droit ou qui aurait pour effet de modifier définitivement la situation juridique des parties (Cass. 25 nov. 1996, Pas. 96, I, 454) ;

Que « la défense faite par l'article 1039 du code judiciaire aux ordonnances des référés de porter préjudice au fond, n'interdit pas au juge d'examiner les droits des parties, sous réserve de ne point ordonner des mesures qui porteraient à celle-ci un préjudice définitif et irréparable. » (Cass. 9 sept. 82, Pas. 1983, I, 48) ;

Attendu qu'en l'espèce les mesures sollicitées ne sont pas de nature à produire des effets irréversibles ni à créer un préjudice définitif et irréparable à l'Etat belge s'il y était fait droit ;

Que la circonstance que certaines de ces mesures sont sollicitées jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 2002 et non pas dans l'attente d'une décision au fond n'est pas de nature à modifier cette analyse ;

5. Quant au fondement de la demande :

1. Préalable : quant à la violation du principe de séparation des pouvoirs :

Attendu que l'Etat belge estime que par son action, l'asbl Défense des enfants international sollicite en réalité du tribunal qu'il dicte au pouvoir exécutif la politique à mener en matière d'immigration des mineurs non accompagnés ;

Attendu que la demande de l'a.s.b.l. Défense des enfants international tend à faire cesser la violation des droits fondamentaux des mineurs non accompagnés ;

Qu'il ne s'agit, dès lors, pas de dicter au pouvoir exécutif la politique à mener en matière d'immigration mais de vérifier si les mesures prises par l'Etat belge sont conformes notamment au droit international et ne sont pas de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux des intéressés et, le cas échéant, d'ordonner des mesures qui permettraient d'éviter d'éventuelles atteintes ;

Qu'il n'y a dès lors, a priori, pas de violation du principe de la séparation des pouvoirs ; que les mesures devront, bien évidemment, être strictement limitées à l'objectif précité ;

2. Quant à la demande d'interdiction de priver un mineur de liberté pour cause d'immigration :

Attendu que l'a.s.b.l. Défense des enfants international considère que la détention d'un mineur en centre fermé dans l'attente d'une décision relative à sa demande d'asile viole

l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 37 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Attendu que l'Etat belge conteste cette affirmation ; qu'il considère, au contraire, qu'à défaut de solution alternative, le maintien en centre fermé peut se justifier au regard notamment de l'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant ou encore de la nécessité de rompre le lien existant entre l'enfant et son passeur, insistant sur l'importance des disparitions de mineurs placés en centre ouvert ;

1. Législation belge :

Attendu qu'il convient, à titre préalable, de relever que la loi du 15 décembre 1980 contient différentes dispositions permettant le maintien en détention de l'étranger candidat réfugié (articles 7, 27, 63/5) ou se trouvant démuné de papier ou en situation illégale (article 74/5, 74/6) ; Que la loi du 15 décembre 1980 ne contient aucune disposition spécifique relative aux mineurs étrangers ; Que ces dispositions, sont dès lors, appliquées indifféremment aux mineurs et aux majeurs ;

Que la détention est, par conséquent, une mesure prévue par la loi, même s'il résulte de la lecture des différentes dispositions de la loi du 15 décembre 1980 prévoyant cette mesure, qu'il s'agit d'une faculté, le Ministre disposant d'un pouvoir d'appréciation et pouvant prendre d'autres mesures ;

Attendu qu'il convient, d'autre part, de relever qu'une disposition légale traite directement de la détention des mineurs en centre fermé ; Qu'il s'agit de l'article 83 de l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'Office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu en application de la loi du 15 décembre 1980 qui permet la détention d'un mineur appréhendé à la frontière et qui est maintenu dans l'attente d'une décision relative à sa demande d'asile ainsi que la détention d'un mineur accompagné d'un ou plusieurs parents ou représentants légaux qui se trouvent également dans le centre ;

2. Article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme :

Attendu que l'article 5 de la Convention européenne consacre le droit à la liberté et prévoit les cas en vertu desquels une personne peut être privée de sa liberté ;

Que l'asbl Défense des enfants international soutient que la détention de mineurs étrangers dans la mesure où elle n'est nullement justifiée par leur éducation surveillée ou par la volonté de les traduire devant les autorités compétentes est contraire à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu qu'il convient de lire cette disposition en son ensemble ; Que celle-ci dispose, en effet, que :

« 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 les autorités compétentes ;

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. ».

Attendu qu'il s'agit de deux hypothèses distinctes ;

Que les mineurs étrangers sont soumis aux règles existantes en matière d'accès au territoire qui prévoient, comme précisé ci-avant, la possibilité de maintenir un étranger, en ce compris un mineur, dans un centre fermé et ce, conformément au point f de l'article 5 précité ;

Qu'il ne semble, en conséquence, pas que la détention d'un mineur étranger soit contraire à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme mais que cette mesure rencontre, au contraire, l'hypothèse prévue au point f de ladite disposition ;

3. Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ;

Attendu que l'article 37 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant dispose, quant à lui, que « *Les Etats parties veillent à ce que ...b) nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible, c) 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 sa 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 des visites saufs circonstances exceptionnelles* » ;

Attendu que l'article 3 de la Convention précise 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.* ».

Attendu que la question de l'applicabilité directe de cette convention fait l'objet de controverses ; Qu'il semble toutefois, au vu des termes mêmes utilisés par l'article 37 (qui nécessitent des interprétations) que cette disposition ne soit pas directement applicable (F. Van Houcke, La légalité de la détention des demandeurs d'asile mineurs d'âge, JDJ, juin 2001, p. 8) ;

Que quoiqu'il en soit, il ressort de la lecture de cette disposition que la détention d'un mineur n'est pas illégale en tant que telle mais qu'il s'agit d'une mesure exceptionnelle qui ne peut être prise que dans certaines conditions limitatives ;

Que ces conditions sont les suivantes : la détention doit être conforme à la loi, être une mesure prise en dernier ressort (c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas d'autres possibilités de prise en charge) et être aussi brève que possible ; Que conformément à l'article 3 de la Convention cette mesure doit être prise en tenant compte de l'intérêt de l'enfant ;

Attendu qu'il semble malheureusement que dans la pratique, le placement en centre fermé d'un mineur non accompagné qui arrive à la frontière soit fréquent voire quasi-systématique et que la durée de la détention puisse parfois être relativement longue : (Voir à cet égard : B. Van Keirsbilck, Mineurs non accompagnés : question d'actualité, JDJ, n° 226 – juin 2003, p. 29) ;

Que l'Etat belge estime qu'un séjour temporaire en centre fermé se justifie, au regard de l'intérêt de l'enfant dans la mesure où cela permet d'établir l'identité du mineur, vérifier si un regroupement familial est possible, vérifier

l'âge réel de la personne mais également protéger l'enfant en rompant le lien existant avec un éventuel passeur ;

Qu'il semble cependant que des alternatives de nature à permettre de réaliser ces objectifs et protéger efficacement les mineurs non accompagnés sont envisageables ; Qu'il peu malheureusement être constaté que malgré les recommandations internationales (voir notamment résolution du Conseil de l'Union européenne du 26 juin 1997, recommandation du Comité des droits de l'enfant du 7 juin 2002) et les promesses politiques (voir notamment réponse de M. Duquesne à une question parlementaire relative à cette problématique, compte-rendu analytique, Chambre des représentants, 50^{ème}, COM858, P. 27), la Belgique ne dispose pas de centre spécialisés pour accueillir les mineurs étrangers non accompagnés et fait face à un manque cruel de place disponibles dans les centres ouverts (Voir F. Van Houcke, op. cit., p. 6 ; Voir également rapport 2002 de Lelièvre, pièce 21 du dossier de la demanderesse) ;

Qu'il sera, par conséquent, bien trop souvent recouru au placement en centre fermé en l'absence de « solution alternative » ;

Qu'un placement en centre fermé apparaît d'autant plus inapproprié que les infrastructures ne paraissent pas adaptées à l'accueil des mineurs qui ne se trouvent notamment pas séparés des adultes ;

Que cette pratique paraît, par conséquent, condamnable au vu des principes énoncés ci-avant ;

Qu'il ne peut toutefois être fait, de façon générale, interdiction à l'Etat belge de priver un mineur de liberté pour cause d'immigration, comme sollicité par l'asbl Défense des enfants international, la détention de mineurs étrangers n'étant, en tant que telle ni illégale ni contraire aux normes internationales ; Que dans la mesure où les mineurs doivent, dans certaines hypothèses, être protégés notamment contre d'éventuels passeurs (et qu'il semble que de nombreuses disparitions surviennent dans les centres ouverts- cf à cet égard Rapport 2002 de Lelièvre, p. 21 du dossier de la demanderesse), il ne peut, de même, être considéré de façon absolue que le placement en centre fermé ne puisse jamais coïncider avec l'intérêt de l'enfant ;

Que seul un contrôle de chaque cas d'espèce permettra, en conséquence, de déterminer si la mesure de détention est effectivement prise en dernier ressort, parce qu'aucune autre alternative ne paraît possible compte tenu des circonstances propres à l'espèce et que sa durée est effectivement aussi brève que possible ;

Que la demande doit, par conséquent, être déclarée non fondée ;

3. Quant à la demande d'interdiction de procéder à l'expulsion ou au refoulement d'un mineur tant que la loi du 24 décembre 2002 n'est pas en vigueur ;

Attendu que l'asbl Défense des enfants international fait grief à l'Etat belge de procéder à l'éloignement de mineurs sans s'être assuré au préalable d'un accueil respectueux de ses droits dans son pays d'origine ni avoir aucune garantie quant aux suites de cet éloignement et notamment quant au fait que ce dernier permet effectivement à l'enfant de rejoindre sa famille ;

Qu'elle estime que cette pratique constitue non seulement un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme mais est également contraire à l'article 8 de ladite Convention (respect de la vie familiale) ainsi qu'aux articles 3, 9, 10 et 20 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui protègent également le droit de l'enfant à la réunification

familiale et à bénéficier d'une protection lorsqu'il est non accompagné ;

Attendu que l'Etat belge estime qu'il n'est nullement démontré que l'éloignement du mineur constitue un traitement inhumain et dégradant et précise que la loi du 24 décembre 2002 ne modifie en rien les dispositions de la loi du 15 décembre 1980 ;

Qu'il précise également que suite à l'affaire Tabita les mineurs étrangers non accompagnés qui sont éloignés du territoire sont à présent accompagnés d'un membre de l'Office des étrangers ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que certains mineurs (dont Tabita) ont été rapatriés sans qu'aucun accompagnement spécifique ne soit prévu et sans que des garanties ne soient fournies quant à leur accueil effectif dans leur pays d'origine ;

Que de jeunes mineurs risquent, par conséquent, de se trouver totalement livré à eux-mêmes dans un pays qu'ils ont parfois fui et dans lequel ils n'ont, peut-être, plus aucune famille ; Que cette situation est source évidente de danger pour les mineurs ; Que refouler des mineurs sans s'être assuré d'une possibilité de prise en charge fiable sur place paraît donc pouvoir effectivement être assimilé à un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu qu'il est exact que la loi du 24 décembre 2002 ne modifie pas les dispositions relatives à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement ; Que dans son avis du 4 septembre 2002, le Conseil d'Etat a, à cet égard, précisé que l'avant-projet ne faisait pas obstacle à l'application des règles relatives au refoulement, à l'éloignement (ordre de quitter le territoire ou ordre de reconduire) au renvoi ou à l'expulsion des mineurs étrangers non accompagnés ;

Que le rôle d'interlocuteur privilégié qui permettra notamment de pouvoir trouver une solution durable dans l'intérêt de l'enfant mais également de pouvoir exécuter cette solution durable en prenant les mesures nécessaires pour permettre d'effectuer une réunification familiale dans un pays tiers est souligné par l'Etat belge dans le courrier qu'il adresse le 24 mars 2003 à l'asbl Défense des enfants international ;

Que dans sa recommandation 1596 du 31 janvier 2003 relative aux jeunes migrants, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande que « dans toute procédure ordinaire ou accélérée impliquant le retour d'enfants séparés dans leur pays d'origine ou tout autre pays, y compris les procédures de non-admission à la frontière, respecter les principes directeurs suivants :

a. les Etats devraient s'assurer que le retour n'est pas contraire à leurs obligations internationales découlant de la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés et son Protocole de 1967 ou de la Convention européenne des Droits de l'Homme et d'autres instruments pertinents ;

b. le retour ne devrait pas être possible avant la désignation d'un tuteur légal pour l'enfant ;

c. avant de prendre la décision de renvoyer un enfant séparé, les Etats devraient exiger et prendre en compte l'avis du tuteur légal de l'enfant quant à savoir si ce retour est dans l'intérêt supérieur de l'enfant ;

d. le retour devrait dépendre des conclusions d'une évaluation minutieuse de la situation familiale que l'enfant va trouver à son retour et de la capacité de la famille à en prendre soin de manière satisfaisante. En l'absence de ses parents ou d'autres membres de sa famille, il conviendra

d'enquêter sur le caractère adéquat des organismes d'aide à l'enfance dans le pays de retour. L'évaluation devra être menée par une organisation ou personne professionnelle et indépendante, et devra être objective, non politique et respectueuse du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ;

e. avant le retour, les Etats devraient obtenir un engagement explicite et formel, de la part des parents de l'enfant, des membres de la famille, d'autres adultes chargés de s'en occuper ou d'éventuels organismes d'aide à l'enfance dans le pays de retour, indiquant qu'ils prendront l'enfant en charge immédiatement et à long terme dès son arrivée... » ;

Que cette recommandation met en évidence l'importance de bénéficier de réelles garanties quant à la prise en charge de l'enfant avant de procéder à une mesure d'éloignement ;

Que le seul accompagnement de l'enfant lors de son trajet de retour par un membre de l'Office des étrangers ne paraît, à cet égard, pas être une mesure suffisante ;

Attendu qu'il convient, compte tenu de ces éléments de faire partiellement droit à la demande et d'interdire à l'Etat belge de procéder à l'expulsion ou au refoulement du mineur s'il ne dispose pas de réelles garanties quant à l'accueil et la prise en charge adéquate du mineur et ce, tant que la loi du 24 décembre 2002 n'est pas en vigueur ;

4. Quant aux demandes d'enquêtes :

Attendu que l'asbl Défense des enfants international sollicite qu'il soit fait injonction à l'Etat belge de procéder à deux enquêtes, l'une sur l'ensemble des mineurs arrivés en Belgique ces deux dernières années qui ont fait l'objet d'un refoulement à la frontière pour déterminer les raisons de ces refoulements, le respect des droits de ces enfants et surtout les garanties prises pour s'assurer que la famille de l'enfant puisse accueillir et se charger de l'enfant dans des conditions adéquates et l'autre afin de retrouver tous les enfants expulsés depuis deux ans et déterminer leurs conditions d'existence actuelle ;

Attendu que l'asbl Défense des enfants international ne s'explique pas sur l'urgence qu'il y aurait à procéder à ces enquêtes ni sur quelle base se fonde cette demande ;

Que ces demandes doivent être déclarées non fondées ;

Par ces motifs,

Déclarons la demande recevable et fondée dans les limites précisées ci-après ;

Faisons interdiction à l'Etat belge de procéder à l'expulsion ou au refoulement d'un mineur non accompagné sauf s'il dispose de garanties réelles quant à l'accueil et à la prise en charge adéquate du mineur dans le pays où il est refoulé et ce, tant que la loi du 24 décembre 2002 n'est pas en vigueur ;

Déboutons pour le surplus ;

Siég. : A. Magerman, juge

Plaid. : Me Sarolea S., avocat ; Me Schippers L., avocat.

[Publié dans le « Journal du droit des jeunes » n°230, décembre 2003, avec un commentaire de B. Van Keirsbilck]