

Mettre fin à la détention administrative d'enfants migrants, oui, mais à quel prix ?

Analyse juridique d'un cas de détention d'une mère en vue de son éloignement forcé

Noemi Desguin ⁽¹⁾



En mai 2023, le dossier d'une mère d'enfants en bas âge détenue pour des raisons administratives a défrayé la chronique ⁽²⁾. Il s'agissait de Mme J., femme rom vivant en Belgique depuis 2015 et mère de deux enfants de 8 et 1 an(s). Après plusieurs semaines de détention, Mme J. apprend qu'elle est enceinte d'un troisième. Elle fera en tout et pour tout un mois et demi en détention au centre pour «illégaux ⁽³⁾» de Holsbeek pour être finalement relaxée sur initiative de l'Office des étrangers (OE).

Au-delà de l'impact indéniable de cet événement sur l'ensemble des membres de la famille de Mme J., cette affaire a mis en lumière plusieurs obstacles à l'effectivité des droits dans le cadre de la mise en œuvre de la politique de retour. Alors que la majorité Vivaldi s'est engagée à ne plus détenir des enfants mineurs en centres fermés ⁽⁴⁾, l'OE compense en s'adonnant à une pratique qui consiste à séparer les familles par le placement en détention en vue d'éloignement d'un de ses membres adultes, pratique pourtant invalidée par le Conseil d'État. Et les juridictions qui ont dû se prononcer dans cette affaire ont apposé un sceau de légalité à cette pratique liberticide. Le traitement de l'affaire révèle, tant dans le chef de l'administration que des juridictions, une vision tronquée des droits fondamentaux des personnes migrantes conditionnée à la régularité de leur séjour. Nos observations seront discutées ci-dessous après une remise en contexte factuelle de l'affaire.

Rappel des faits et antécédents

Madame J. est une jeune femme appartenant à la communauté rom. Elle est née en Italie, d'une mère d'origine yougoslave.

Mme J. a toujours vécu dans une très grande précarité, notamment administrative, à l'instar de beaucoup de membres de sa communauté. En réalité, elle est apatride. Sa vie d'errance qui a commencé à sa

(1) Noemi Desguin est juriste au sein de la coalition Move, une coalition formée de Caritas International, du CIRÉ, de Jesuit Refugee Service Belgium et de Vluchtelingenwerk Vlaanderen et qui regroupe les visiteurs accrédités par l'Office des étrangers en centres de détention pour personnes migrantes.

(2) <https://www.lesoir.be/518252/article/2023-06-08/centres-fermes-le-monde-associatif-denonce-le-cas-dune-mere-separee-de-ses-deux>; <https://www.lesoir.be/518404/article/2023-06-08/lopaque-sejour-en-centre-ferme-dune-mere-separee-de-ses-enfants-durant-40-jours>.

(3) Move conteste l'utilisation du terme «centre pour illégaux» par les autorités qui est un terme péjoratif et véhicule une image criminelle des personnes migrantes au sein de la société. Nous préférons le terme «centre de détention administrative» pour mettre l'accent sur la réalité de la détention.

(4) «Des mineurs ne peuvent pas être détenus en centre fermé.» (Accord de gouvernement Vivaldi, p. 95, disponible à l'adresse : https://www.belgium.be/sites/default/files/Accord_de_gouvernement_2020.pdf).

naissance ne lui a pas permis d'accomplir les démarches nécessaires pour obtenir un statut d'apatride et/ou entamer d'autres démarches pour régulariser son séjour.

Depuis 2015, Mme J. vit en Belgique. Elle a un compagnon et deux enfants : S.J., né en France en 2015, et H.J., née à Charleroi en 2022. Ils sont tous en séjour irrégulier sur le territoire.

Mme J. a été arrêtée à Bruxelles le 29 avril 2023. Lors de son audition à la police, elle a signalé qu'elle avait deux enfants, dont un bébé.

Elle a néanmoins été privée de liberté et conduite au centre de détention administrative de Holsbeek, un ancien hôtel Formule 1 à proximité de Leuven.

Le même jour, l'OE lui notifie un ordre de quitter le territoire (OQT) avec maintien en vue d'éloignement. La mention «Serbie» figure à côté de «nationalité» sur l'OQT pris à son encontre, pourtant Mme J. n'a jamais eu la nationalité serbe.

Au centre de détention, Mme J. apprend qu'elle est enceinte d'un troisième enfant.

Le cas de Mme J. a ceci de particulier que, d'une part, aucun élément d'ordre public ne semblait justifier son enfermement. Or, selon l'OE, les seules exceptions à l'unité familiale dans le cadre de la détention administrative sont liées aux problèmes graves liés à l'ordre public et à la sécurité nationale⁽⁵⁾. Dans le cas de Mme J., l'OQT ne mentionne aucun élément permettant de considérer qu'il existe un risque pour l'ordre public ou la sécurité nationale, encore moins un risque pouvant être caractérisé de «grave».

D'autre part, l'éloignement de Mme J., qu'aucun État ne considère comme sa ressortissante et se trouvant sans doute dans une situation d'apatridie⁽⁶⁾, avait peu de chances d'aboutir, entachant par là même la détention administrative d'illégalité⁽⁷⁾.

Le cas de Mme J., mère d'enfants en bas âge et enceinte, a donc très rapidement alerté le secteur associatif qui, sur initiative de l'avocate M^e Selma Benkhelifa, a signé et publié une carte blanche dans la presse francophone⁽⁸⁾.

Le 15 mai 2023, Mme J. introduit, par l'intermédiaire de son avocate, une requête de mise en liberté devant la Chambre du Conseil (CDC) de Bruxelles afin de contester sa détention. La CDC déclare la requête recevable, mais non fondée. Sur appel formé par Mme J., la Chambre des mises en accusation (CMA) de Bruxelles rejette la requête d'appel et confirme la détention. Le 6 juin 2023, Mme J. introduit un pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel. Ce pourvoi va perdre son objet à la suite de la libération de l'intéressée. En effet, celle-ci sera relaxée par l'OE quelques jours plus tard, sans que le motif de sa libération ne lui ait été communiqué.

Éloignement forcé et séparation des familles

Le phénomène de la séparation des familles dans le cadre de l'éloignement forcé et la détention administrative n'est pas un phénomène nouveau. Le rapport «Centres fermés – État des lieux» publié en 2016 par plusieurs associations, dont certaines composent aujourd'hui la coalition Move, faisait déjà observer que «*De nombreux détenus font régulièrement part aux visiteurs de leur détresse quant à la séparation de leurs proches. (...) Le renforcement de la collaboration entre les communes et l'Office des étrangers (...) a entraîné l'arrestation d'un grand nombre d'étrangers en séjour irrégulier qui vivaient sous le même toit que des ressortissants belges ou de ressortissants étrangers bénéficiant d'un droit de séjour en Belgique*⁽⁹⁾». Sans pouvoir quantifier le phénomène de manière précise, les visiteurs de Move continuent très régulièrement d'observer des cas de séparation des familles, majoritairement dans le chef de pères détenus. L'arrestation et le placement en détention d'une mère reste jusqu'ici, heureusement, exceptionnel⁽¹⁰⁾.

Conscientes de la tension qui existe entre détention des enfants migrants et la séparation des familles, plusieurs instances se sont déjà prononcées sur la question.

Le Comité pour les droits de l'enfant et le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dans leur observation générale conjointe n° 4 (2017) ont eu l'occasion de clarifier que : «*Le fait de séparer une*

(5) «En ce qui concerne l'unité de la famille, l'Office des Étrangers en tient compte dans ces décisions en évaluant l'article 8 de la CEDH et en tenant compte de la Convention des droits de l'Enfant. De plus, une interview ou un questionnaire dans le cadre du droit d'être entendu, conformément à l'article 41 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, donne à chaque étranger en séjour irrégulier la possibilité d'expliquer pourquoi un retour n'est pas envisageable. Les seules exceptions au principe de l'unité familiale sont liées aux problèmes graves liés à l'ordre public ou à la sécurité nationale, qui peuvent entraîner un éloignement séparé de la personne ayant commis ces délits.» (§ 16) (Comité des droits de l'homme, Renseignements reçus de la Belgique au sujet de la suite donnée aux observations finales concernant son sixième rapport périodique, CCPR/C/BEL/FCO/6, 14 février 2022, § 16, disponible sur : https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrRiCAqhKb7yhsnKB82NyZV5e4fxbB6eLo8HkNbULoVVbc8EH5Kt5C%2FXJYdCB%2BdP9pClr4%2F29XukrT4yNcV3amYNJIQBO43u9j3e5GjYg9midE1lo42AKk2m_

(6) L'article 1^{er} de la Convention relative aux apatrides adoptée à New York le 28 septembre 1954 et entrée en vigueur le 6 juin 1960 définit l'apatride comme : «une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation».

(7) D'après la Cour EDH, en l'absence de possibilité d'éloignement effectif dans un délai raisonnable, la détention administrative devient illégale (Article 5 CEDH et la jurisprudence interprétative : CEDH, A. et autres c. Royaume-Uni, 2009, § 164; Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique, 2011, §§ 117-119 et références citées). Voy. également art. 7 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 31 décembre 1980.

(8) <https://www.lesoir.be/518252/article/2023-06-08/centres-fermes-le-monde-associatif-denonce-le-cas-dune-mere-separee-de-ses-deux>.

(9) Caritas international, CIRÉ, Ligue des droits de l'Homme & MRAX, «Centres fermés pour étrangers : État des lieux», décembre 2016, disponible sur : <https://www.cire.be/wp-content/uploads/2017/01/etat-des-lieux-des-centres-fermes-2016.pdf>

(10) Move, «Les centres de détention administrative en 2021 : chiffres et observations des visiteurs» [À paraître sur www.movecoalition.be].

famille en expulsant ou renvoyant un membre de la famille du territoire d'un État partie, ou de refuser d'une autre manière à un membre de la famille le droit d'entrer ou de rester sur le territoire, peut constituer une immixtion arbitraire ou illégale dans la vie de famille⁽¹¹⁾». Il en va nécessairement de même pour le placement en détention en vue d'un éloignement forcé. Le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a aussi eu l'occasion de rappeler que préserver l'unité des familles migrantes ne peut se faire au détriment du principe d'interdiction de détention d'enfants⁽¹²⁾.

Dans un arrêt n° 234.577 du 28 avril 2016, le Conseil d'État a sanctionné la pratique de séparation des familles dans des termes clairs, en annulant «l'article 3, 2° et 3°, de l'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⁽¹³⁾». Le Conseil d'État a condamné la «prise en otage» d'un membre de la famille en l'enfermant, à l'écart du reste de la famille, afin de garantir un retour effectif. La pratique de séparer un membre de la famille a été examinée par le Conseil d'État et celui-ci a donc clairement indiqué – de manière générale – qu'elle violait l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Garanties procédurales insuffisante pour éviter la violation des droits fondamentaux

Le cas de Mme J. est révélateur des défaillances qui ponctuent le processus d'éloignement forcé.

Il y a, tout d'abord, l'audition à la police qui se situe entre l'arrestation et le transfert en centre de détention. Les garanties qui entourent ces auditions sont restreintes, voire inexistantes. À l'heure actuelle, et contrairement à ce qui existe en matière pénale, l'étranger privé de liberté pour des raisons administratives n'a pas le droit d'être assisté par un avocat durant son audition par les fonctionnaires de police. Cette assistance est pourtant primordiale en ce qu'elle pourra permettre à l'étranger de faire valoir, en temps utile, des informations concernant sa situation familiale et/ou socioprofessionnelle ainsi que des éléments liés à d'éventuelles craintes de violation des droits fondamentaux en cas de retour au pays d'origine. La présence d'un avocat lors de l'audition préalable à une éventuelle décision de privation de liberté permettrait donc de garantir de manière réellement

Le cas de Mme J. illustre l'ineffectivité du recours en matière de détention administrative qui se borne à un contrôle de légalité

effective le respect des droits fondamentaux, en ce compris le droit à la vie privée et familiale. Une proposition de loi a été déposée au Parlement fédéral afin de remédier aux lacunes du texte légal⁽¹⁴⁾, mais n'a, pour l'instant, pas encore été suivie d'effet.

Dans le cas de Mme J., une audition présentant toutes les garanties du droit d'être entendu lui aurait éventuellement permis de faire valoir des éléments concernant la scolarité de son aînée, des attaches sur le territoire belge, de la nécessité de sa présence auprès de son nourrisson, de l'occupation du père des enfants, de l'éventualité de l'application d'une mesure alternative à la détention, comme le placement en maison de retour, etc. Autant d'éléments que l'OE aurait dû prendre en compte avant d'adopter les décisions litigieuses. La teneur de la décision de détention, ou, à tout le moins, la motivation qui la sous-tend aurait nécessairement été différente.

Ensuite, le cas de Mme J. illustre l'ineffectivité du recours en matière de détention administrative qui se borne à un contrôle de légalité. Pour rappel, quand le juge judiciaire examine le cas d'un étranger qui est détenu sur la base d'une décision administrative, il ne peut se prononcer que sur la légalité de la décision d'enfermement. Toute vérification d'opportunité est explicitement exclue par la loi⁽¹⁵⁾.

Chargés du contrôle sur la décision de détention, la CDC et la CMA saisis dans cette affaire ont borné leur analyse à des exposés théoriques sur l'article 8 CEDH sans aucune analyse des conséquences concrètes des décisions sur la vie de famille et de l'impact sur les enfants concernés. Il s'agit manifestement d'une opportunité manquée d'analyser les décisions d'éloignement avec maintien à travers le prisme de l'intérêt des enfants en cause. La Cour de justice de

(11) Observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23, § 27, disponible sur : <https://www.ohchr.org/fr/documents/general-comments-and-recommendations/joint-general-comment-no-4-cmw-and-no-23-crc-2017>.

(12) Observation générale n° 5 (2021) sur les droits des migrants à la liberté, à la protection contre la détention arbitraire et leurs liens avec d'autres droits de l'homme, § 49, disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/fr/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-5-2021-migrants-rights-liberty>

(13) Arrêt n° 234.577 du 28 avril 2016, M.B., 6 juillet 2016, p. 41719.

(14) Le 16 novembre 2021 une proposition de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, visant à consacrer le droit à l'assistance d'un avocat lors de l'audition des étrangers susceptibles d'être privés de leur liberté a été déposée par les parlementaires M. Khalil Aouasti et consorts (DOC 55 2322/001). Move a été sollicitée pour avis par la commission Intérieur, cet avis peut être consulté sur la page : <https://movecoalition.be/wp-content/uploads/2021/10/Proposition-loi-Salduz-avis-finalise-19.05.22.pdf>

(15) Loi du 15 décembre 1980, art. 72, § 2.

l'Union européenne a pourtant insisté sur le fait que le droit européen impose aux États membres de tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant avant d'adopter une décision de retour, même lorsque le destinataire de cette décision n'est pas le mineur lui-même, mais un de ses parents⁽¹⁶⁾.

Sur la question de l'application de mesures moins contraignante applicables que la loi impose⁽¹⁷⁾, la CMA balbutie et tente un timide contrôle en opportunité en ces termes «(...) la mesure «moins contraignante» invoquée est le maintien en maison de retour avec ses enfants. Il apparaît que, si cette mesure est de nature à rendre la détention de l'intéressée moins contraignante pour elle, celle-ci serait par contre bien plus contraignante pour les enfants qui sont actuellement libres et pris en charge par leur père». Ce faisant la CMA ne se donne pas les moyens d'opérer un contrôle en opportunité digne de ce nom en instruisant l'affaire en détail, en permettant à Mme J., par exemple, de se prononcer sur le placement en maison de retour au vu de l'ensemble des éléments du dossier (scolarité des enfants, ancrage social, etc.).

La distinction entre contrôle de légalité et contrôle d'opportunité paraît aujourd'hui difficilement tenable à l'égard du droit européen⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾. Notons également que le Secrétaire d'État a inclus dans sa note de politique l'intention de faire de la place pour une évaluation de proportionnalité : «En outre, nous travaillons sur un recours effectif dans lequel la légalité et l'opportunité de la détention peuvent être vérifiées par le juge⁽²⁰⁾». Promesse dont la traduction législative se fait encore attendre à l'heure où nous écrivons ces lignes.

Accès aux droits fondamentaux conditionné à un statut de séjour

Tant les décisions administratives que judiciaires prises à l'égard de Mme J. sont révélatrices d'une vision tronquée des droits des personnes en séjour précaire qui consiste à dire que, en raison de leur précarité administrative, les intéressés ne peuvent se revendiquer titulaires du droit à la vie familiale et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant au même titre que les Belges ou que les étrangers disposant d'un droit au séjour.

Illustrative à cet égard est la considération de l'OE dans l'OQT pris à l'encontre de Mme J. au sujet de la vie privée et familiale garantie à l'article 8 CEDH : «Eu égard au fait qu'il appert du dossier administratif que tous les membres de la famille séjournent illégalement sur le territoire, l'intéressée ne peut affirmer qu'elle est séparée d'eux. Comme elle, tous les membres de la famille

Tant les décisions administratives que judiciaires prises à l'égard de Mme J. sont révélatrices d'une vision tronquée des droits des personnes en séjour précaire

séjournent illégalement dans le Royaume et n'ont donc pas de droit de séjour. Par conséquent, la violation de l'article 8 CEDH ne peut pas être invoquée. La famille complète peut se construire un nouvel avenir dans son pays d'origine. Toute la famille devra quitter la Belgique».

Une telle considération entérine la conception, moralement intenable, selon laquelle les personnes en séjour précaire ne bénéficient pas des mêmes standards de protection des droits fondamentaux que les autres.

Prétendre que comme les enfants n'ont pas de droit au séjour, une mère sans séjour légal ne peut pas invoquer l'article 8 CEDH est également erroné en droit. Cela signifierait - *quod non* - que les familles dépourvues de titre de séjour sont dépourvues de droits fondamentaux, ce qui pose question au regard du principe d'égalité et de non-discrimination. Le Comité des Droits de l'Enfant et le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dans leur Observation générale conjointe n° 4 se sont clairement prononcés en opposition : «(...) ce droit (de vivre en famille) doit être pleinement respecté, protégé et mis en œuvre à l'égard de tout enfant, sans discrimination aucune, quel que soit son statut sur le plan de la résidence ou de la nationalité»⁽²¹⁾.

(16) CJUE, 11 mars 2021, M.A., C-112/20, EU:C:2021:197, disponible à l'adresse : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238749&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24097>

(17) Loi du 15 décembre 1980, art. 7, 27, 51/5 et 74/6.

(18) «Supervision undertaken by a judicial authority dealing with an application for extension of the detention of a third country national must permit that authority to decide, on a case by case basis, on the merits of whether the detention of the third country national concerned should be extended, whether detention may be replaced with a less coercive measure or whether the person concerned should be released, that authority thus having power to take into account the facts stated and evidence adduced by the administrative authority which has brought the matter before it, as well as any facts, evidence and observations which may be submitted to the judicial authority in the course of the proceedings» (CJUE, 5 juin 2014, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320), § 64, disponible à l'adresse : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153314&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3495476>.

(19) Commission européenne, Recommandation (UE) 2017/2338 établissant un «manuel de retour» commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour, 16 novembre 2017, p. 67, disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H2338&from=EN>.

(20) Note de politique générale: asile et migration, loterie nationale, 4 novembre 2020, Doc. Ch., n° 1580/14, p. 35.

(21) Comité des Droits de l'Enfant et Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour; CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23, § 27, disponible sur : <https://www.ohchr.org/fr/documents/general-comments-and-recommendations/joint-general-comment-no-4-cmw-and-no-23-crc-2017>

Conclusions

L'enfermement de Mme J. intervient à un moment charnière où la législation sur l'interdiction de détention des enfants pour raisons migratoires est discutée au sein du gouvernement afin de donner corps à une promesse de la majorité Vivaldi. Le cas de Mme J. nous rappelle que l'arrêt de la pratique

liberticide de la détention d'enfants migrants ne doit pas avoir pour effet de se rabattre sur les parents pour garantir l'effectivité du processus de retour tel qu'il est conçu par les autorités. Il conviendra d'y rester attentif dans les mois et années à venir.

