

« On n'enferme pas un enfant. Point ». Jacques Fierens, une voix pour les sans-voix

Jean-Yves Carlier et Sylvie Sarolea*

Le 4 avril 2019, le Conseil d'État de Belgique a suspendu partiellement l'exécution d'une disposition modifiant l'arrêté royal régissant les centres fermés pour étrangers qui restaurait la possibilité de détenir des familles avec des enfants mineurs¹.

Cet arrêt de suspension par la haute juridiction administrative² est l'occasion de s'arrêter brièvement sur le nouveau dispositif qui fait l'objet d'une procédure en annulation toujours pendante et sur les principaux griefs formulés à son encontre (I). L'on revient ensuite, treize ans plus tôt, à Strasbourg, où la Cour européenne des droits de l'homme a prononcé un arrêt cinglant pour la Belgique, dans une affaire *Mubilanzila* (plus connue sous le prénom de la jeune enfant en cause, « *Tabitha* »). Bien que sévère à l'endroit de la Belgique, l'arrêt ne condamnait pas le principe même de la détention d'enfants migrants en centre fermé. Les jurisprudences ultérieures confirment les enseignements de cet arrêt de principe, tant sur l'interprétation de l'articulation des causes légitimes de privation de liberté prévues par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme que sur les conditions à satisfaire pour que cette mesure soit admissible, s'agissant d'enfants (II). Ces questions ouvrent une interrogation plus fondamentale : où est l'essentiel, où est l'accessoire : est-ce être un migrant ou est-ce être un enfant ? (III)

I. L'arrêté royal du 22 juillet 2018 réinstaurant la possibilité de détenir des familles avec enfants mineurs

Les condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme avaient conduit la Belgique à revoir sa législation qui ne prévoyait pas d'exception à la détention pour les migrants mineurs. Ainsi, depuis 2012, le droit belge excluait la détention des mineurs étrangers non accompagnés (MENA). La détention des familles avec enfants restait possible, mais n'était plus mise en œuvre par l'arrêté royal requis pour ce faire³.

L'arrêté royal du 22 avril 2018 concrétise la possibilité laissée par la loi de recourir à cette détention de familles avec enfants mineurs. Le rapport au Roi présente un système « en cascade » : possibilité de départ volontaire, suivie d'une entrevue avec un agent « de soutien », transfert dans un logement de retour ouvert et, en cas de non-respect de l'obligation de quitter

* Professeurs à l'UCLouvain et avocats.

¹ C.E., Belgique, 4 avril 2019, n° 244.190 et Arrêté royal du 22 juillet 2018 modifiant 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 des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 1^{er} août 2018, article 13. Le titre du présent texte, « On n'enferme pas un enfant. Point », reprend celui d'une campagne menée par la *Plate-forme Mineurs en exil et Unicef Belgique* à la suite de cette réforme du droit belge intervenue en 2018, aux fins d'autoriser à nouveau la détention d'enfants en centres fermés pour étrangers.

² Au terme de l'article 14 des lois organiques sur le Conseil d'État, coordonnées par l'A.R. du 12 janvier 1973, le Conseil est compétent pour statuer par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements : 1° des diverses autorités administratives ; ... ».

³ Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, art. 74/19.

le territoire, retour forcé au départ d'un centre fermé « adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs pendant une période aussi courte que possible ».

À cet effet, l'article 13 de l'arrêté royal du 22 juillet 2018 insère une section 3 dans le titre III, chapitre 1^{er}, de l'arrêté royal précité de 2002, régissant les centres fermés. Cette section est intitulée « Maison familiale ». En huit articles (83/4 à 83/11), le texte organise un hébergement de familles dans l'enceinte du centre, mais séparé des autres occupants. Il s'agit de « maisonnettes » conçues pour accueillir des familles. De 6 heures à 22 heures, les occupants peuvent utiliser les espaces extérieurs, sauf impératifs de sécurité. Si nécessaire, des mesures d'isolement peuvent être prises à l'égard des membres de la famille de plus de 16 ans.

S'agissant de la durée du maintien, l'article 83/11 fixe une limite maximale à un mois. Il dispose qu'« une famille avec enfants mineurs ne peut être maintenue que pour un délai le plus court possible, qui ne peut dépasser deux semaines. À l'issue de cette période, la famille peut encore être maintenue pour une durée maximale de deux semaines, à condition que le directeur général communique par écrit au ministre les raisons de la prolongation de ce maintien. La situation des enfants mineurs et l'impact de la détention sur leur intégrité physique et psychique doivent être explicités dans ce rapport. Sans préjudice de l'article 61, la durée de détention ne peut être prolongée lorsqu'il s'est avéré de la première période de détention qu'une prolongation de la durée de détention risque de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de l'enfant mineur».

Le Conseil d'État a été saisi d'une requête en annulation de l'arrêté royal, doublée d'une demande de suspension. La procédure est introduite par seize associations représentées par maître Jacques Fierens⁴. Le 4 avril 2019, la haute juridiction administrative ne s'est prononcée que sur la suspension. La suspension peut intervenir si des griefs sérieux sont formulés et si un risque de préjudice grave difficilement réparable est démontré. L'arrêt prononcé au stade de la suspension ne préjuge nullement du fond.

Sur avis contraire de l'auditorat, le Conseil d'État a partiellement suspendu l'article 13, en ciblant les articles 83/8, 83/9, 83/10 et 83/11 qu'il insère. La suspension intervient en ce que l'article 13 « prévoit que le maintien en maison familiale peut durer jusqu'à un mois sans exclure des centres sur les sites desquels des maisons familiales peuvent être construites, ceux où les enfants seraient exposés à des nuisances sonores particulièrement importantes ». La suspension est motivée par l'exposition à des nuisances sonores excessives pendant une période pouvant aller jusqu'à un mois.

La procédure en annulation se poursuit. Ces associations rappellent que les enfants ne peuvent, en aucune manière, être jugés responsables de leur situation administrative. Les conséquences sur la santé des enfants sont dénoncées tant en ce qui concerne la santé physique (nuisances sonores liées au fait que le centre fermé est en bordure de piste ; particules fines inhalées) que mentale (avis d'experts quant aux conséquences irréversibles de la privation de liberté).

⁴ Les associations requérantes sont : l'Ordre des barreaux francophones et germanophones, Défense des enfants international, la Liga voor mensenrechten, la Ligue des droits de l'homme, Jesuit Refugee Service-Belgium, le Bureau d'accueil et de défense des jeunes, le Service droit des jeunes Namur, Vluchtelingenwerk Vlaanderen, Coordination des organisations non gouvernementales pour les droits de l'enfant, Kinderrechtencoalitie Vlaanderen, Coordination et initiatives pour et avec les réfugiés et les étrangers, l'Association professionnelle des psychiatres infanto-juvéniles francophones, l'Association pour le droit des étrangers, l'Association des psychologues praticiens d'orientation psychanalytique, Waimh belgo-luxembourgeoise et Nansen.

II. Le ver est dans la pomme ... depuis l'arrêt *Mubilanzila*

La procédure actuellement pendante devant le Conseil d'État aborde des problèmes fondamentaux (pollution sonore, pollution de l'air, accès aux loisirs, à l'air libre). En se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État de Belgique, dans son arrêt de suspension partielle, souligne que « la régularité d'une détention ... (d'un enfant étranger non muni des documents requis) ... dépend entre autres d'un lien entre d'une part, le motif de la détention et, d'autre part, le lieu et le régime de cette détention »⁵. De fait, ce critère du lien entre les motifs et les modalités de privation de liberté, dégagé de longue date dans la jurisprudence de la Cour ont été affirmés avec force, il y a plus de treize ans dans l'arrêt *Mubilanzila*, concernant la Belgique⁶.

L'affaire concernait Tabitha, une jeune Congolaise alors âgée de 5 ans (seconde requérante) interpellée alors qu'elle transite par l'aéroport de Bruxelles avec de faux documents pour rejoindre au Canada sa mère reconnue réfugiée (première requérante). Elle sera gardée en rétention dans un centre fermé pour étrangers pendant cinq semaines. En 2006, dans cet arrêt *Mubilanzila*, la Belgique est condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour souligne qu'une telle détention ne sera légale que si un lien existe entre « d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention »⁷. La Cour note que l'examen de l'adaptation de la mesure et du régime de la détention au but poursuivi par la privation de liberté doit être plus précis en présence de personnes vulnérables, en particulier lorsque des mineurs sont en cause. La Cour considère que la détention d'une enfant de 5 ans dans un centre fermé dans les mêmes conditions qu'un adulte n'est pas adaptée à sa position d'extrême vulnérabilité de mineur étranger non accompagné. Cette enfant n'a pas été suffisamment protégée dans son droit à la liberté de sorte que l'article 5 CEDH a été violé. Il en va de même de l'article 3 CEDH qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants. La Cour dit pour droit que « la situation personnelle de la seconde requérante 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 dans une situation d'extrême vulnérabilité. Eu égard à la protection absolue conférée par l'article 3 de la Convention, il convient, selon la Cour, de garder à l'esprit que c'est cet élément qui est déterminant et que celui-ci prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal de la seconde requérante. [Elle] relevait incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société et il appartenait à l'État belge de la protéger et de la prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 »⁸.

L'inadaptation des centres fermés pour étrangers à la privation de liberté d'enfants, est soulignée par plusieurs autres arrêts. L'enfermement de trois enfants sri lankais, détenus avec leur mère dans un centre en Belgique, est inadapté, vu les conditions de la détention. La Cour relève que seul prime l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il est consacré par l'article 3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Il y a une présomption de vulnérabilité dans le chef des enfants en raison de leur histoire personnelle et de la durée de leur détention,

⁵ C.E., arrêt précité, points 32 et 47

⁶ Cour eur. D.H., *Mubilanzila c. Belgique*, req. n° 3178/03

⁷ Cour eur. D.H., *Mubilanzila*, pt 102

⁸ Cour eur. D.H., *Mubilanzila*, pt 55

qui permet de considérer que le seuil de gravité requis par l'article 3 CEDH est atteint⁹. S'agissant de mineurs détenus en Grèce, la Cour se réfère à nouveau à l'article 3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, et à l'article 37 de la même Convention, qui prévoit que la mise en détention d'un enfant ne peut être qu'une mesure de dernier ressort¹⁰.

De même encore, dans l'arrêt *Popov*, la Cour condamne la France qui a placé des enfants en rétention avec leurs parents dans une aile réservée aux familles, sans prendre en compte leur situation particulière et sans chercher une solution de substitution à la détention. La Cour dit pour droit que : « l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale, mais les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale »¹¹.

La détention des mineurs ne peut être imposée qu'en dernier recours dans des lieux particulièrement adaptés. Telles sont les règles dictées par la cour de Strasbourg. Le droit de l'Union européenne pose les mêmes conditions. L'article 17 de la directive retour est consacré à la situation particulière des mineurs accompagnés ou non de leur famille¹². Le paragraphe 5 rappelle le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le recours à la détention ne peut intervenir « qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible »¹³. Les familles doivent disposer « d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate ». Les mineurs doivent avoir accès à des loisirs et à l'éducation. S'ils ne sont pas accompagnés, ils doivent « dans la mesure du possible » bénéficier d'un hébergement dans des institutions adaptées.

Ces textes et ces jurisprudences qui entendent protéger l'enfant privé de sa liberté au seul motif qu'il est un migrant dépourvu des documents requis semblent veiller aux intérêts supérieurs d'une personne particulièrement vulnérable. Est-ce réellement le cas ? Dans l'affaire *Mubilanzila*, notre collègue Dirk Vanheule, professeur à l'université d'Anvers, souleva cette question au nom des requérantes. Faisant une analyse fine de l'article 5 CEDH, il demande à la Cour de se prononcer : ne doit-on pas considérer que l'article 5, §1^{er}, lettre d) est la seule disposition qui permette la privation de liberté d'un mineur et ce dans deux hypothèses bien spécifiques à savoir « pour son éducation surveillée ou [être traduit] devant l'autorité compétente » ? La Cour répond par la négative, considérant qu'elle « ne saurait suivre le raisonnement [qui] soutient que le paragraphe d) de l'article 5 de la Convention comporte le seul cas de détention possible pour un mineur. Ce paragraphe renferme en réalité un cas spécifique, mais non exclusif, de détention d'un mineur, à savoir, celle qui serait faite en vue de son éducation surveillée ou en vue de sa traduction devant l'autorité compétente pour décider en la matière. En l'espèce, la détention litigieuse était motivée par le caractère illégal du séjour

⁹ Cour eur. D.H., *Kanagaratnam c. Belgique* (2011), pts 81 à 85. Dans le même sens, s'agissant d'enfants tchétchènes en attente de leur éloignement, *Muskhadzhiyeva c. Belgique* (2010)

¹⁰ Cour eur. D.H., *Rahimi c. Grèce* (2011), pt 62. Dans le même sens, pour des enfants détenus en Grèce avec leur mère : Cour eur. D.H., *Mahmundi c. Grèce* (2012). L'article 37 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit que « 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 ». (*infra*)

¹¹ Cour eur. D.H., *Popov c. France* (2012), pt 147.

¹² Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, OJL 348, 24.12/2008, pp. 98-107.

¹³ Directive 2008/115/CE, article 17, al. 1.

de la [mineure] en raison de ce qu'elle n'était pas en possession des documents requis et se rattache donc au paragraphe f) de l'article 5 de la Convention qui permet l'arrestation ou la détention régulières 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 »¹⁴. La Cour juge ainsi que le mineur migrant est aussi un migrant en manière telle qu'il peut être privé de sa liberté sur la base de la lettre f), la lettre d) ne prévoyant pas le seul cas de détention possible pour un mineur.

Le ver n'est-il pas dans la pomme ? La jurisprudence et les textes ne se contentent-ils pas d'offrir à l'enfant migrant une protection supplétive qui tient compte d'abord de sa qualité de migrant et, accessoirement, de sa qualité d'enfant ?

III. *Enfant migrant ou Migrant enfant ? L'essentiel et l'accessoire*

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui interprète de manière non exclusive l'article 5 lettre d), de la Convention européenne des droits de l'homme participe d'une conception donnant une prévalence au contexte migratoire. Cette conception et l'interprétation qu'elle induit de l'articles 5 CEDH sont contestables. D'une part, la structure même de l'article 5 CEDH invite à une grande prudence dans l'interprétation des motifs admis pour une privation de liberté. En effet, le principe, inscrit d'emblée, est que « toute personne a droit à la liberté ». Comme tout principe, il doit faire l'objet d'une interprétation extensive. La phrase qui suit, « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivant » indique qu'il y va d'exceptions. Comme toutes exceptions, celles-ci doivent être de stricte interprétation. D'autre part, ces « cas » sont limitativement énumérés, ce qui renforce leur caractère d'exception. Or, la Cour accepte que le mineur étranger puisse être détenu pour un motif qui n'est pas strictement fondé sur son état de minorité mais sur son état d'étranger. Ce faisant, en permettant une interprétation cumulative, plutôt qu'exclusive, de la privation de liberté d'une personne, à la fois comme mineur et comme migrant, la Cour introduit une manière d'exception migratoire, ou de réserve préliminaire à la jouissance ou à l'exercice de plusieurs droits fondamentaux par les migrants. Cette exception est liée à la référence à la souveraineté de l'État. Elle ne se confond pas avec les restrictions légitimes aux droits relatifs dont il s'agit d'apprécier la licéité et la proportionnalité. L'expression « exception migratoire » se réfère plutôt au fait que le contexte migratoire d'une cause la fait échapper, entièrement ou partiellement, aux raisonnements traditionnellement suivis avec pour effet de restreindre le niveau de protection¹⁵.

Cette exception migratoire agit comme un critère de différenciation dans la protection des droits qui n'est pas propre aux traitements réservés aux migrants mineurs. Elle touche les droits matériels, en ce compris le principe de non-discrimination et les droits procéduraux. Par exemple, en matière de regroupement familial, l'absence de droit à voir réunie dans un seul État une famille migrante est la règle, et le droit au regroupement familial l'exception (art. 8 CEDH).

¹⁴ Cour eur. D.H., *Mubilanzila*, pts 100 et 101.

¹⁵ Costello, C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2016 ; Chetail, V., « Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel », *European Journal of International Law*, 2016, vol. 27, 4, 901-922; Dembour, M.-B., *When Humans Become Migrants : Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press, 2015 ; Carlier, J.-Y. (dir.), *L'étranger face au droit – XX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, en particulier, chap. VI, « Les mineurs », pp. 435-468 ; Sarolea, S., *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce droit ne bénéficie qu'aux familles ne pouvant se regrouper ailleurs que dans le pays hôte¹⁶.

La référence à l'intérêt supérieur de l'enfant tempère cette approche. Mais les contours de ce principe général d'intérêt supérieur demeurent imprécis¹⁷. Par exemple, dans la décision d'irrecevabilité *I.A.A. c. Royaume Uni*, la Cour indique « However, while the Court has held that the best interests of the child is a “paramount” consideration, it cannot be a “trump card” which requires the admission of all children who would be better off living in a Contracting State »¹⁸. La séparation d'un enfant migrant et de son parent peut être jugée légitime¹⁹. Inversement, dans des affaires relatives à la vie familiale hors contexte migratoire, la Cour insiste sur le fait que toute séparation peut avoir des conséquences irréparables de sorte qu'il y a lieu de la limiter autant que possible dans le temps²⁰.

Cette notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'est toutefois pas vide de sens ou inutile. Elle est un concept à contenu variable qui se construit progressivement. Ainsi, dans le cadre international, les observations des Comités servent de guide aux nécessaires garanties procédurales²¹. Le Comité des droits de l'enfant, compétent pour recevoir des requêtes individuelles depuis le 1^{er} avril 2014, devra, dans le futur, contribuer à une meilleure

¹⁶ Renauld, B., Bombois, Th. et Martens, P., « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 795; Hardy, J., « Les situations migratoires comme critères suspects de différenciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. étr.*, 2012, p. 483 et « The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals », *E.J.M.L.*, 2012, pp. 439 à 452.

¹⁷ Aussems, G., « La place de l'enfant dans le droit au regroupement familial en Belgique », *Rev. dr. étr.*, 2012, p. 206 ; Hervieu, N., « Élisation de la protection de la vie familiale de l'étranger et de l'intérêt de l'enfant devant l'origine frauduleuse du séjour » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 19 février 2012.

¹⁸ Cour eur. D. H., 31 mars 2016, *I.A.A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 25960/13, point 46. Il est à noter qu'en l'espèce il s'agit d'enfants devenus adultes et adolescents. Sur cette décision, voy. Lallam, K., « [Quel poids conférer à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la balance à effectuer entre protection de l'intérêt général et protection de la vie familiale ?](#) », in *Newsletter EDEM*, avril 2016, pp. 7-14.

¹⁹ Cour eur. D.H., 31 juillet 2008, *Darren Omoregie c. Norvège*, req. n° 265/07 : Il s'agissait de l'expulsion de Norvège d'un Nigérian époux d'une norvégienne et père d'une enfant de un an. La Cour note que cet homme « had lived in Nigeria since he was six months old until he left the country at the age of 22, had studied at university for four years and had three brothers with whom he was still in contact. Whereas his links to Nigeria were particularly strong, his links to Norway were comparatively weak, apart from the family bounds he had formed there with the second (wife) and third applicants (child) pending the proceedings. The third applicant was still of an adaptable age at the time when the disputed measures were decided and implemented The Court does not find that there were insurmountable obstacles in the way of the applicants' developing family life in the first applicant's country of origin ... nothing should prevent the second and third applicants from coming to visit the first applicant for periods in Nigeria » (pt. 66).

²⁰ Cour eur. D.H., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07 (G.C.). Il s'agissait d'un enlèvement d'enfant dans le cadre d'une séparation. La Cour note que : « L'intérêt de l'enfant présente un double aspect. D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne. En conséquence, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, reconstituer la famille » (pt. 136). Voy. aussi G. Willems, « La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.H.*, 2018, p. 435 et, sous le même titre, in S. Sarolea (dir.), *Statut familial de l'enfant et migrations*, UCL, EDEM, 2018, p. 219.

²¹ *Observation générale n° 14 (2013) du Comité des droits de l'enfant sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*. Le Comité souligne que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant recouvre à la fois « un droit, un principe et une règle de procédure » et en définit la portée. Voy. aussi les *Observations générales* conjointes du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et du Comité des droits de l'enfant relatives aux droits humains des enfants dans le contexte des migrations internationales (2017).

compréhension de la portée de ce principe d'intérêt supérieur de l'enfant. Les premières communications montrent que la majorité des saisines concerne des enfants migrants²². De même, dans le cadre européen, la Cour de justice de l'Union européenne utilise cette notion pour mesurer toute atteinte à la jouissance effective de l'essentiel des droits d'enfants, citoyens européens, qui seraient séparés de leur parent étranger et, de ce fait, obligés de quitter le territoire de l'Union européenne²³.

Il reste que la question fondamentale demeure l'importance attribuée au contexte migratoire et, en matière de privation de liberté, à la qualité de migrant de l'enfant.

En privilégiant la qualité de migrant à la qualité d'enfant, les jurisprudences n'offrent qu'une apparence de droit qui se voile des atours de la bienveillance protectrice. Cette bienveillance est trompeuse. Elle prend l'allure d'une pitié sous la forme d'une simple « impatience du cœur » comme disait Stefan Zweig, bienveillance limitée selon les humeurs et les circonstances. Il conviendrait d'y substituer une pitié créatrice, qui conduit à agir²⁴. Pour le juriste, et pour le juge en particulier, cette action doit s'exprimer non par des regrets pour la situation « unenviable » des personnes concernées mais par la reconnaissance de droits²⁵. En particulier, s'agissant d'enfants, selon la formule de Charles Péguy, « tous les enfants sont des enfants de droit »²⁶. Jacques Fierens fut un des rares à ne pas s'y tromper dans son commentaire de l'arrêt *Mubilanzila* précité. Il écrivait : « La position de la Cour pousse implicitement les États à créer des centres fermés pour étrangers, adaptés à la détention des enfants, alors que de nombreuses voix autorisées au sein de la communauté internationale, doutent de la possibilité de jamais rendre leur enfermement conciliable avec la préservation de leur intérêt supérieur²⁷ ».

Dans l'affaire pendante devant le Conseil d'État, Jacques Fierens donne une fois de plus de la voix pour que les enfants migrants ne soient pas privés de liberté. Non sans ironie, au regard de ce que valent nos cris et chuchotements, ce professeur et avocat donne de la voix pour qu'à tout le moins, loin des avions, les enfants aient droit au silence. Il se situe là dans le courant de sa thèse de doctorat et des multiples travaux, qu'il mène comme professeur, dénonçant ce droit qui « protège les forts et non les faibles ». Il se situe dans la continuité des nombreuses plaidoiries, par lesquelles il se fait l'avocat des sans-voix. Il mérite bien, ici, quelques mots pour l'en remercier et pour inviter ceux qu'il a formés et accompagnés à prendre le relais et à donner de la voix pour que les droits de l'enfant ne soient pas « qu'un peu de chantilly sur les gâteaux souvent ratés que les juristes veulent nous faire avaler »²⁸.

²² Quinze des vingt communications prononcées au 1^{er} août 2019.

²³ C.J.U.E., 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e. a.*, aff. C-133/15, EU :C :2017 :354.

²⁴ S. Zweig, *Impatience du cœur*, roman de 1939 (traduit en anglais, avec l'accord de Zweig, en *Beware of pity*, Zweig ayant choisi en allemand *Ungeduld des Herzens* pour éviter de trancher entre les deux mots allemands qui désignent la pitié : *Mitleid*, plus fonctionnel, efficace, quasi clinique et *Erbarmen*, plus poétique et religieux) in *Œuvres complètes*, vol. II, Gallimard, La Pléiade, 2013, p. 469.

²⁵ Cour eur. D. H., *I.A.A.*, *op. cit.*, point 46.

²⁶ Ch. Péguy, « Dialogue de l'histoire et de l'âme charnelle », texte posthume de 1912 in *Œuvres en prose complètes*, vol. III, Gallimard, La Pléiade, 1992, p. 607.

²⁷ J. Fierens, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010, p. 357, ici, p. 362.

²⁸ J. Fierens, « Le grand mensonge des droits de l'enfant. Petite bafouille à Jean-Jacques Rousseau », *Justement*, 7 septembre 2016.