

N° 4137¹³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 1998-1999

PROJET DE LOI**portant sur la promotion des droits de l'enfant et
la protection sociale de l'enfance**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(25.3.1999)

Par dépêche du 14 mars 1996, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a transmis au Conseil d'Etat pour avis le projet de loi sous rubrique, élaboré par la ministre de la Famille. En date du 26 novembre 1997, le Conseil d'Etat a été saisi d'une série d'amendements au projet de loi qui intègrent les dispositions réglementaires initialement prévues.

Il a pu prendre connaissance des avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, de la Chambre de travail, de la Chambre des employés privés et de la Chambre d'agriculture. Il a par ailleurs reçu les avis du Conseil supérieur de la famille et de l'enfance, de l'Association sans but lucratif „Protection des droits de l'enfant“, de la Ligue luxembourgeoise de Prévention et d'Action médico-sociales ainsi qu'un avis séparé signé par neuf associations ayant des activités dans le domaine de la promotion des droits de l'enfant et de la protection sociale de l'enfance.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

L'objet du projet de loi est de donner un contenu concret à l'application des principes contenus dans la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et qui a été approuvée par la loi du 20 décembre 1993. La principale mesure concrète du projet concerne l'institution d'un Ombuds-Comité pour les enfants. La Chambre des députés, dans une motion adoptée lors de la ratification de la Convention, avait demandé l'institution d'un „ombudsman pour les droits de l'enfant“.

La protection de l'enfant est un impératif absolu. Comme le montrent malheureusement certains événements récents, les enfants sont souvent les victimes d'activités ou de comportements criminels inqualifiables. Ils n'ont par ailleurs souvent aucun moyen de se défendre. Trop souvent notre société reste encore indifférente aux difficultés et aux aspirations spécifiques des enfants et des jeunes.

C'est pourquoi il faut mettre en place de nouveaux mécanismes permettant une meilleure protection des droits de l'enfant. Il est vrai que fondamentalement il appartient aux parents et à la famille d'assurer cette protection. C'est l'optique reflétée par le projet, mais l'Etat a un rôle important à jouer. Le Conseil d'Etat partage la conception du projet selon laquelle ce rôle est nécessairement subsidiaire et doit essentiellement se limiter à quelques grandes missions.

Il faut néanmoins admettre qu'il existe des situations exceptionnelles où la famille ne fournit pas à l'enfant une protection suffisante. Dans ces cas, l'Etat a le devoir d'intervenir et d'assurer à l'enfant toute la protection requise.

Tout en reconnaissant l'utilité de ce projet, le Conseil d'Etat partage largement les vues de ceux qui considèrent qu'il reste trop général et qu'il ne couvre pas certains aspects fondamentaux de la protection de l'enfant, tels que l'action sociale préventive qui permet de mieux dépister les enfants en danger et de leur accorder rapidement l'assistance dont ils ont besoin.

La principale mesure concrète est l'institution d'un „Ombuds-Comité“. Le Conseil d'Etat y reviendra ci-après.

En ce qui concerne la reformulation des diverses dispositions dans un seul projet de loi, le Conseil d'Etat l'approuve *a priori*. Cette approche contribue à rendre le projet de loi plus cohérent. Il regrette néanmoins qu'à l'exception de l'Ombuds-Comité, les autres dispositions soient extrêmement vagues.

Le Conseil d'Etat ne peut pas accepter la longue liste de „visas“ dans le préambule du projet. Si cette pratique constitue la règle pour les règlements pour lesquels il faut indiquer la base légale, elle ne s'applique nullement aux lois. Le Conseil d'Etat demande donc de supprimer cette liste de références à d'autres textes légaux.

Le Conseil d'Etat considère qu'une meilleure protection de l'enfant et une mise en oeuvre des droits de l'enfant nécessitent par ailleurs une série de modifications législatives additionnelles prenant en compte certaines évolutions nouvelles telles que la protection des droits de l'enfant dans les nouveaux médias, une meilleure protection contre les abus sexuels, le droit d'adoption.

Il note que certaines mesures visant à lutter contre ces menaces sont en préparation.

Il y a lieu de rappeler que la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse continue à former le cadre légal de base en vue de la protection juridique de l'enfant. Dans ce contexte, il faudrait notamment réfléchir sur le traitement des délinquants mineurs. Si la punition et la responsabilité individuelle ne doivent pas être remises en cause, les modalités ont toute leur importance dans la mesure où la resocialisation de ces jeunes en difficulté en dépend très largement.

En ce qui concerne l'application de la Convention, le projet de loi reste relativement sommaire, se limitant surtout à une série de déclarations de principes déjà largement énoncés dans la Convention elle-même. La création d'un „Ombuds-Comité“ est la principale mesure novatrice. Ce type d'institution existe depuis des années dans plusieurs pays européens, comme le montre l'exposé des motifs. Dans certains pays, il s'agit d'une personnalité, l'ombudsman ou le médiateur pour enfants, dans d'autres une commission exerce cette mission qui consiste à défendre les intérêts et les droits des enfants. Le projet a opté pour une équipe collégiale formant un comité, dénommé „Ombuds-Comité fir d'Rechter vom Kand (ORK)“. Le Conseil d'Etat note que tout en optant pour une solution de type „commission“, les auteurs du texte ont essayé d'une certaine manière de combiner les deux approches. En fait, le président dudit comité porte le titre „Ombudsperson fir d'Rechter vom Kand“. Il exerce cette fonction à plein temps.

Le Conseil d'Etat se demande si cette option est véritablement la plus efficace. Plutôt que de doter l'Ombudsperson d'une équipe de collaborateurs multidisciplinaires, comme c'est le cas dans la plupart des pays, on a préféré un comité de 6 membres à la tête duquel on a placé l'Ombudsperson. Celle-ci n'est donc pas l'interlocuteur direct des enfants. Elle doit en toute logique se référer à ce comité. Il y a un risque de confusion entre le comité, d'une part, et son président, „l'Ombudsperson fir d'Rechter vom Kand“. Le Conseil d'Etat a ainsi une nette préférence pour l'institution d'une Ombudsperson dont le champ de responsabilité devrait couvrir toutes les questions concernant les enfants et les jeunes. La structure proposée paraît lourde et surtout elle risque de ne pas gagner la confiance des enfants ou des jeunes qui sont susceptibles d'y faire appel. La défense des droits de l'enfant doit avoir un visage dans le public. Il doit donner toute assurance d'indépendance, de neutralité et de discrétion. Un comité, même de six personnes, reste anonyme et risque de se bureaucratiser. Telle que sa fonction est conçue, le président du comité n'a pas de rôle particulier bien qu'il travaille à ce poste à plein temps. L'apparition éventuelle de divergences au sein de ce comité risquerait de lui enlever toute autorité. L'indépendance de l'Ombudsperson est à cet égard un aspect fondamental.

Le Conseil d'Etat accepte de prévoir, à côté de l'Ombudsperson, un comité consultatif composé de personnes qualifiées qui pourra être présidé par lui. Cette solution a été retenue par la Suède, la Norvège tout comme par la Communauté française en Belgique qui a créé un délégué général aux droits de l'enfant et à l'aide à la jeunesse.

Le Conseil d'Etat peut donc faire siens les commentaires du Conseil supérieur de la famille et de l'enfance sur le projet de loi, quand il écrit: „En effet, le médiateur doit être une personne identifiable à laquelle l'enfant peut directement s'adresser et non pas un comité abstrait. (...) Dans la majorité des cas, il existe une personne identifiable. Aussi, si on veut garantir une indépendance, une personne semble-t-elle mieux placée alors qu'au niveau du comité, il faut toujours faire des compromis. Rien n'empêche de faire assister le médiateur par un comité qui le conseille dans sa mission.“

Le Conseil d'Etat peut aussi se rallier à l'idée que le Conseil supérieur de la famille et de l'enfance joue ce rôle consultatif auprès de l'Ombudsperson. Il faut assurer une cohérence dans l'approche et éviter toute sorte de doubles emplois qui compliqueraient et alourdiraient les procédures et nuiraient au bon fonctionnement de cette nouvelle institution que sera l'Ombudsperson. L'objectif prioritaire est de mettre en oeuvre une politique active et cohérente en faveur de la protection des droits de l'enfant. Cela implique une association efficace de toutes les instances, privées et publiques, afin de mettre en oeuvre une telle politique, dans notre pays.

Le titre 3.1. relatif aux structures d'accueil et de médiation reste particulièrement vague. Il s'agit de déclarations d'intention plutôt que de création d'obligations légales. La mise en oeuvre des actions décrites ne nécessitent aucune base légale. Il s'agit d'activités que les ministres de la Famille et de la Jeunesse peuvent mettre en oeuvre s'ils le souhaitent et s'ils disposent des moyens budgétaires nécessaires.

Le titre 3.2 relatif à l'assistance aux enfants placés hors de leur milieu familial et à l'établissement de la liste des enfants placés pose une série de problèmes très importants. S'il existe sûrement un besoin urgent de mieux régler les modalités de placement des enfants, les dispositions proposées ne répondent cependant nullement aux difficultés réelles qui surgissent dans nombre de cas. Le Conseil d'Etat se rallie aux différents avis qui jugent les mesures insuffisantes ou inadaptées. En effet, elles restent d'une part très imprécises, en ce qui concerne l'article 17, et d'autre part, en ce qui concerne l'établissement d'une liste, posent un problème majeur du point de vue de la protection des données. Le Conseil d'Etat devrait s'opposer formellement à une telle disposition établissant une banque de données dont le but et l'utilité ne sont nullement démontrés. Il constate même que cette disposition risque d'être contraire à certains principes de la Convention relative aux droits de l'enfant, notamment à l'article 40.

Les titres 3.3 et 3.4. concernant la participation à l'encadrement des personnels des services ainsi que le service de guidance de l'enfance sont extrêmement imprécis. L'article 3.3. prévoit un règlement grand-ducal définissant l'organisation et le fonctionnement de cette unité de formation. On peut se poser la question si le personnel qui sera affecté à cette unité tout comme au service de guidance de l'enfance existe déjà au sein du ministère. La loi procéderait ainsi à agencer certains services au sein de ministères, ce qui n'est nullement du domaine de la loi.

Compte tenu de l'imprécision de ces articles et du problème majeur que soulève la création d'une banque de données à l'article 19, le Conseil d'Etat se demande s'il ne serait pas plus opportun de limiter ce projet de loi à la seule institution d'un médiateur pour les droits des enfants. Les autres volets de ce projet, dans la mesure où ils s'avèrent vraiment comme une véritable amélioration des droits de l'enfant et de la protection de l'enfance, devraient être préalablement approfondis. Ils pourront alors être intégrés dans un projet qui ne se limiterait pas à quelques vagues déclarations respectivement à des mesures qui s'apparentent plutôt à l'organigramme de ces ministères. Il échet également d'examiner dans quelle mesure ils ne sont d'ores et déjà réglementés dans la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique.

Dans ce contexte, une réflexion sur la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse s'impose également à brève échéance. Il s'agit de mieux cerner les problèmes auxquels les enfants en difficulté sont confrontés et d'élaborer des solutions adaptées.

Dans cette hypothèse vivement recommandée par le Conseil d'Etat pour les raisons indiquées, l'intitulé du projet pourrait être amendé comme suit:

Projet de loi portant institution d'un médiateur pour les droits de l'enfant appelé „Ombudsperson fir d'Rechter vum Kand“.

Le projet aurait ainsi un objet clair et précis qui, d'une certaine mesure, introduirait dans notre vie sociale une innovation majeure.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Articles 1er et 2 (1er selon le Conseil d'Etat)

L'article 1er répète l'objet de la loi qui est déjà inscrit dans son intitulé. Tout en considérant que cet article pourrait être supprimé purement et simplement, le Conseil d'Etat propose de le fusionner le cas échéant avec l'article 2, étant donné que la version amendée du projet a supprimé les articles 2 et 3 du projet initial.

„Art. 1er.– La présente loi a pour objet la promotion des droits de l'enfant et la protection sociale de l'enfance tels qu'ils sont notamment définis dans la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi du 20 décembre 1993.“

Le Conseil d'Etat considère que si la référence à la Convention est utile dans la mesure où le projet se veut être la mise en oeuvre de celle-ci sur le plan national, il faut pouvoir prendre en considération d'autres textes nationaux ou internationaux qui complètent le cas échéant cette définition des droits, ceux-ci ne pouvant pas être entièrement isolés de certaines évolutions sociales, techniques et autres. Le „notamment“ permet cette approche ouverte et plus large.

Le Conseil d'Etat approuve la suppression des anciens articles 2 et 3. Il ne s'agissait guère de notions juridiques, d'autant plus que les responsabilités respectives de la famille et de l'Etat sont largement définies dans d'autres textes de loi. Le principe de subsidiarité tout à la mode qu'il est ne permet pas de préciser la mise en oeuvre concrète. Il s'agit donc davantage d'un principe d'ordre général ou politique qui, tout en ayant sa valeur, n'a pas sa place dans ce type de projet. Celui-ci ne remet nullement en cause les fondements de notre droit de la famille. Il serait également vain de vouloir établir des critères permettant de mieux définir son application pratique.

Le titre 2 du projet de loi serait à remplacer de la manière suivante: 2. *„Médiateur pour les droits de l'enfant – Ombudspersoun fir d'Rechter vum Kand“*. Toutefois, dans l'hypothèse de la suppression des dispositions autres que celles relatives au médiateur, ce titre serait également à omettre.

Article 3 (2 selon le Conseil d'Etat)

En refusant de suivre les auteurs du texte qui créent un comité, le Conseil d'Etat propose la création d'un médiateur appelé Ombudspersoun pour les raisons qui ont été développées dans les considérations générales.

Le texte proposé se lira comme suit:

„Art. 2.– A cette fin il est institué un médiateur pour les droits de l'enfant appelé „Ombudspersoun fir d'Rechter vum Kand“.

La mission du médiateur est de veiller à la sauvegarde et à la promotion des droits et des intérêts des enfants, c'est-à-dire des personnes âgées de moins de dix-huit ans.“

Pour le cas où la Chambre des députés suivrait le Conseil d'Etat en ce qui concerne la limitation de ce projet à la seule institution d'un médiateur, le Conseil d'Etat propose de faire précéder la première phrase de l'article 2, tel que proposé ci-dessus, par les mots: „A cette fin (...)“. Cette mesure devrait être considérée comme une contribution fondamentale et novatrice en matière de protection des droits de l'enfant dans notre pays.

Article 4 (3 selon le Conseil d'Etat)

L'article 4 énumère les différentes missions du comité. Il s'agit en fait de missions plutôt générales en relation avec la situation des droits de l'enfant et de la législation en question.

Le point a) confère au comité une mission d'examen et d'analyse. Il ne ressort pas clairement du texte si le comité peut se saisir de cas individuels où les droits de l'enfant seraient bafoués. En principe, la fonction même de l'„ombudsman“ est celle d'un médiateur indépendant qui a pour mission de régler des situations administratives ou autres qui pénalisent le citoyen ou l'administré, en l'occurrence les enfants.

C'est ainsi que l'article 138E du Traité sur l'Union européenne prévoit l'institution d'un médiateur nommé par le Parlement européen. Ses missions sont clairement décrites. Selon ledit traité, il est „habilité à recevoir les plaintes émanant de tout citoyen de l'Union ... relatives à des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires ... le médiateur procède aux enquêtes qu'il estime justifiées ..., sauf si les faits allégués font ou ont fait l'objet d'une procédure juridictionnelle.“ Cette conception était également à la base du projet de loi portant institution d'un commissaire général au contrôle de la gestion administrative de l'Etat et des communes (Ombudsman) (doc. parl. 2060; sess. ord. 1978-1979).

La mission du comité semble *a priori* très différente, puisque celui-ci s'occupe moins prioritairement de cas individuels que de situations générales contraires à la promotion des droits de l'enfant.

Le comité est donc plutôt un observatoire et un organisme consultatif qu'un véritable médiateur tel qu'il est défini dans les différentes législations nationales ou communautaires. Le projet opte donc en

matière de compétences pour un „Ombuds-Comité“ davantage chargé de la défense collective des droits de l'enfant que de la défense des mineurs en difficulté.

Cette approche est néanmoins quelque peu altérée par une des dispositions inscrites à l'article 8 selon laquelle „l'ORK, d'après les modalités à déterminer par lui, a le droit et l'obligation d'écouter tout enfant qui en fait la demande“.

Les missions du comité ne font pourtant aucune mention des possibilités d'action au cas où un enfant lui fait part de difficultés précises d'ordre plutôt individuel. Le point a) de l'article 4 est extrêmement général à cet égard.

Etant donné que le comité ne peut en aucun cas se substituer aux autorités judiciaires chargées de la défense de la jeunesse, quelle pourrait néanmoins être l'aide fournie directement ou indirectement à des enfants en difficulté qui l'auraient saisi?

Le projet reste imprécis à ce sujet et c'est sûrement un de ses principaux points faibles. *A priori* le comité n'a aucune compétence pour aider à trancher un litige qu'un enfant concerné porterait à sa connaissance. Cet aspect pose évidemment la question délicate des „cas individuels de conflit familial“.

Le Conseil d'Etat est conscient que le droit ouvert aux enfants de saisir dans certains cas le médiateur, et cela le cas échéant sans l'autorisation parentale, peut entrer en conflit avec les dispositions du code civil en matière d'autorité et de responsabilité parentales. S'il ne s'agit sûrement pas de les remettre en question, la Convention elle-même accorde des droits à l'enfant, exercés de façon indépendante et sans référence directe à l'autorité parentale. Il faut également admettre qu'il existe malheureusement des situations où le milieu familial ne protège pas l'enfant, mais peut même l'exposer à des menaces. L'article 12 de la Convention invite les Etats parties à garantir „à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative ...“.

Le Conseil avait d'ailleurs soulevé un certain nombre de questions relatives à cet article de la Convention. Il avait proposé des modifications de la législation en vigueur concernant les conditions dans lesquelles l'audition du mineur devrait être acceptée. Ces modifications ont été adoptées dans le cadre de la loi de d'approbation.

Le Conseil d'Etat propose de reformuler les missions du médiateur pour les droits de l'enfant de la manière suivante:

„**Art. 3.**– Dans l'exercice de sa mission, le médiateur peut notamment:

- a) analyser les dispositifs institués pour protéger et promouvoir les droits de l'enfant, afin de recommander, le cas échéant, aux instances compétentes des adaptations nécessaires;
- b) émettre son avis sur les lois et règlements ainsi que sur les projets concernant les droits de l'enfant;
- c) informer sur la situation de l'enfance et veiller à l'application de la convention relative aux droits de l'enfant;
- d) présenter au Gouvernement et à la Chambre des députés un rapport annuel sur la situation des droits de l'enfant et la mise en oeuvre des dispositions de la Convention ainsi que sur ses propres activités;
- e) promouvoir le développement de la libre expression de l'enfant et de sa participation active aux questions qui le concernent;
- f) examiner les situations dans lesquelles les droits de l'enfant ne sont pas respectés et faire des recommandations afin d'y remédier;
- g) recevoir des informations et des réclamations relatives aux atteintes portées aux droits de l'enfant et écouter, à cet effet, selon les modalités à déterminer par lui, tout enfant qui en fait la demande;
- h) émettre à partir d'informations et de réclamations ou au sujet de cas particuliers instruits par lui, des recommandations ou des conseils permettant d'assurer une meilleure protection des droits et des intérêts de l'enfant.“

Article 4 nouveau

Cet article reprend les modalités selon lesquelles le médiateur exerce sa mission. Il s'agit de certaines dispositions de l'ancien article 8 du projet initial. Le Conseil d'Etat est très attaché à la neutralité et à l'indépendance du médiateur. Celles-ci font l'originalité et la force d'une telle institution.

Le médiateur ne peut évidemment ni intervenir dans des procédures judiciaires ni en altérer les décisions.

S'il doit disposer de moyens d'investigation, ils doivent toutefois être conformes aux lois et aux règlements en vigueur. Cela concerne notamment le droit d'accès à ceux-ci. S'il est lui-même couvert par le secret professionnel, qui est un aspect de son indépendance mais aussi un élément indispensable pour gagner la confiance des jeunes qui veulent s'adresser à lui, le secret professionnel, notamment médical, peut également, dans des cas exceptionnels, lui être opposé. Le principe reste évidemment le libre accès aux lieux, mais aussi aux documents et aux informations qui peuvent lui être utiles pour mener à bien sa mission.

„**Art. 4.**– Le médiateur exerce sa mission en toute neutralité et indépendance.

Dans l'exercice de sa mission, des informations touchant à des situations ou des cas individuels sont soumises au secret professionnel. Ce secret professionnel ne s'oppose pas à la communication aux autorités judiciaires au titre de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse de toute information pertinente.

Le médiateur exerce ses fonctions sans pour autant intervenir dans des procédures judiciaires en cours et sans préjudice des dispositions de la loi du 10 août 1992.

Dans les limites fixées par les lois et règlements, le médiateur peut accéder librement à tous les bâtiments d'organismes publics ou privés engagés dans l'animation, l'assistance, la consultation, l'éducation, la formation, la garde, le placement ou la surveillance d'enfants. Dans le cadre d'une enquête, il peut demander à ce que toute information, pièce ou document, à l'exception de ceux couverts par le secret médical ou un autre secret professionnel lui soient communiqués.“

Article 5

Cet article règle la composition et la désignation des membres du comité. Comme le Conseil d'Etat a opté pour une autre formule, il propose une rédaction nouvelle de cet article. Il souhaite assurer l'indépendance du médiateur, ce qui implique une redéfinition de la durée de son mandat ainsi que des incompatibilités.

L'article 5 pourra être libellé comme suit:

„**Art. 5.**– Le médiateur est nommé par le Grand-Duc.

Son mandat est de dix ans et non renouvelable.

Le médiateur est choisi en raison de ses compétences et de son expérience professionnelle dans le domaine de la protection et de la promotion des droits de l'enfant.

La fonction de médiateur est incompatible avec les mandats de député, de membre du Conseil d'Etat, de membre du Gouvernement, de bourgmestre et d'échevin.

Le médiateur exerce sa fonction à plein temps.“

Articles 6, 7 et 8

Les articles 6, 7 et 8 du projet sont à supprimer.

Le Conseil d'Etat propose en revanche d'instituer un organe consultatif avec lequel le médiateur pourra avoir des échanges réguliers sur la situation des droits de l'enfant et les améliorations éventuelles à y apporter. Comme un tel organe existe, le Conseil d'Etat considère qu'il serait inutile, voire contre-productif, d'en créer un autre.

Le Conseil supérieur de la famille et de l'enfance institué par le règlement grand-ducal du 26 janvier 1982, tel que modifié le 2 février 1994, sera ainsi consulté par le médiateur.

Le médiateur a des réunions régulières avec le Conseil supérieur de la famille et de l'enfance qui exerce un rôle consultatif. Ces réunions ont lieu à la demande du médiateur ou du Conseil. Elles sont présidées par le médiateur. Le Conseil peut soumettre au médiateur des informations ou des suggestions concernant la protection des droits des enfants.

L'article 6 nouveau sera libellé comme suit:

„Art. 6.– Le Conseil supérieur de la famille et de l'enfance, exerce un rôle consultatif auprès du médiateur avec lequel il a des réunions régulières.

Celles-ci ont lieu à la demande du médiateur ou du Conseil.

Elles sont présidées par le médiateur.

Le Conseil peut soumettre au médiateur des informations ou des suggestions concernant la protection des droits de l'enfant.“

Article 9 (7 selon le Conseil d'Etat)

Cet article entend régler la situation administrative du médiateur. S'il n'est pas fonctionnaire, le médiateur est nommé, durant l'exercice de son mandat, „employé de l'Etat dans l'administration gouvernementale“. Le texte reste muet sur la vraie nature du contrat de travail. Il est entendu que vu la durée de son mandat de cinq ans, selon les auteurs du texte, une fois renouvelable, ce contrat deviendra, selon la législation existante, automatiquement un contrat à durée indéterminée. Le médiateur, après deux ans, aurait acquis le statut d'employé de l'Etat, ce qui pose le problème de son activité au service de l'Etat une fois son ou ses mandats terminés. Toute réinsertion éventuelle après cette période serait contraire à son indépendance. Le statut du médiateur devrait donc s'apparenter davantage à celui de membre de la Chambre des députés. Le Conseil d'Etat considère que compte tenu de la nature spécifique de la fonction, une fonctionnarisation automatique n'est pas à retenir.

Pour le cas où le médiateur serait fonctionnaire, le Conseil d'Etat ne peut pas approuver le détachement qui serait également contraire au principe d'indépendance. Le médiateur devrait être mis en congé par son administration d'origine. Il garderait évidemment tous ses droits.

Compte tenu de la spécificité de sa mission, les droits et devoirs des fonctionnaires de l'Etat ne lui sont pas applicables durant l'exercice de son mandat.

„Art. 7.– 1. Le médiateur touche une indemnité correspondant au traitement d'un fonctionnaire classé au dernier échelon du grade 17 suivant la classification résultant de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

2. Pour le cas où le médiateur est issu de la fonction publique, il est mis en congé pendant la durée de son mandat de son administration d'origine. Il continue à relever du régime de sécurité sociale correspondant à son statut.

Pour le cas où le médiateur est issu du secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation.

3. En cas de cessation du mandat, le médiateur issu de la fonction publique est, sur sa demande, réintégré dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des biennales se rapportant aux années de service passées comme médiateur jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade.

A défaut de vacance, il peut être créé un emploi hors cadre correspondant à ce traitement; cet emploi est supprimé de plein droit à la première vacance qui se produit dans une fonction appropriée du cadre normal.

4. En cas de cessation du mandat, le médiateur issu du secteur privé touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente mensuelle correspondant au salaire ou traitement mensuel moyen du dernier revenu professionnel cotisable annuel mis en compte au titre de sa carrière d'assurance en cours avant le début de sa fonction de médiateur.

Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.“

Article 10 (8 selon le Conseil d'Etat)

Le texte, en son article 10, prévoit un secrétariat de l'ORK assuré par des fonctionnaires et employés détachés de l'Etat. Le Conseil d'Etat préconise la création d'un service du médiateur qui pourra, au maximum, se composer d'un cadre de 6 personnes ayant le statut de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat disposant de qualifications particulières en matière d'éducation, de pédagogie, de psychologie et de droit.

„Art. 8.– Le médiateur est assisté d'un service appelé „service du médiateur“. Le médiateur en est le supérieur hiérarchique. Le service du médiateur est composé au maximum de six personnes ayant le statut de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat. Ces personnes peuvent être détachées de l'administration gouvernementale.

Le service du médiateur est composé de fonctionnaires ou d'employés de l'Etat de la carrière supérieure jouissant d'une formation de juriste, de psychologue ou d'assistant social ainsi que de fonctionnaires ou d'employés de l'Etat des carrières moyenne et inférieure.”

Article 11

Le Conseil d'Etat propose de supprimer l'article 11. Le médiateur ne peut avoir de ministre de tutelle. Il est évident que le ministre ayant dans ses attributions la Famille sera le destinataire privilégié de certaines recommandations. Il n'est nullement nécessaire de l'inscrire dans la loi. Par exemple, le médiateur des enfants, institué récemment en France suite à la loi du 19 novembre 1998, ne relève d'aucun ministère. Il adresse son rapport annuel au Parlement et au Président de la République.

La logique même de l'indépendance sans laquelle cette institution n'a aucun sens ne permet pas de le rattacher d'une manière ou d'une autre à un ministère.

Articles 12 et 13

Pour ce qui est de la troisième partie du projet, le Conseil d'Etat ne reconnaît pas l'utilité d'inscrire de telles dispositions dans une loi. L'article 12 se limite à de vagues déclarations d'intention n'ayant aucun contenu concret.

L'article 13 entend régler des compétences au sein du Gouvernement. La loi ne s'y prête certainement pas dans la mesure où l'organisation du Gouvernement est réglée par règlement grand-ducal.

Les articles 12 et 13 sont donc à supprimer.

Articles 14 et 15

Pour ce qui est des articles 14 et 15, ils sont également très imprécis. Ils visent à lancer une nouvelle initiative des ministres de la Famille et de la Jeunesse axée sur la „médiation“ et la conciliation autour de l'enfant.

Pour louable qu'il puisse être, ce projet peut être réalisé sans recours à la loi, d'autant plus que le texte exprime tout au plus des intentions assez vagues. Le titre de „Kanner-Jugend-Treff“ n'est nullement défini. Il s'agirait d'une sorte d'agrément de services publics et privés qui déclareraient leur disponibilité à organiser la médiation. Ce type d'activités devrait être couvert, selon le Conseil d'Etat, par les dispositions de la loi modifiée de 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif. Le Conseil d'Etat note par ailleurs que des initiatives en matière de médiation existent d'ores et déjà. Le texte proposé ne fournit guère de précision à ce sujet, d'autant plus que le terme „veillent à la création au sein d'institutions“ est absolument vague.

Le Conseil d'Etat devrait par ailleurs s'opposer formellement à la possibilité de préciser par voie de règlement ministériel les conditions et les modalités d'octroi du titre en question. Des conditions de formation sont de toute manière à établir par la loi.

Articles 16 et 17

Les articles 16 et 17 n'apportent aucune mesure concrète qui devrait être inscrite dans une loi. Le Conseil d'Etat suppose que le ministre de la Famille prend déjà actuellement les mesures requises pour l'appréciation obligatoire de toute initiative de placement d'un enfant hors de son milieu familial. Ces procédures ainsi que le réexamen régulier de cette mesure devraient être la pratique normale qui n'a pas besoin de règlement grand-ducal. Le ministère peut les revoir, les adapter ou les compléter.

Articles 18 et 19

Le Conseil d'Etat, pour les raisons déjà indiquées, s'oppose formellement aux articles 18 et 19. L'utilité d'une telle liste n'est pas démontrée. La confidentialité, élément essentiel de la protection des données, qui s'applique ici à des mineurs, n'est pas assurée. Pourquoi ces données ne sont-elles effacées que dès que l'enfant atteint la majorité? Elles pourraient être utilisées contre ses intérêts. Le Conseil d'Etat se rallie aux nombreux avis négatifs qui ont été formulés à ce sujet, considérant qu'une telle mesure pourrait être contraire à la protection des droits de l'enfant.

Article 20

Cet article mentionne à deux reprises que „le ministre de la Famille prend les mesures requises ...“ sans spécifier de quelle nature ces mesures peuvent être et dans quel cadre elles seront prises. Le Conseil d'Etat ne peut accepter de telles formulations imprécises dans un texte de loi. Il reconnaît par ailleurs l'utilité que tout enfant placé ou à placer soit entendu, à partir d'un certain âge, et qu'il puisse formuler des plaintes éventuelles. Il pourrait de toute manière s'adresser au médiateur créé par le présent projet de loi.

Tel qu'il est actuellement formulé, le volet relatif à l'assistance aux enfants placés hors de leur milieu familial est, pour le Conseil d'Etat, inacceptable.

Articles 21 à 23

En ce qui concerne les articles 21 à 23, ils visent à organiser certains services du ministère de la Famille respectivement du ministère ayant dans ses attributions l'Education différenciée.

Pour ce qui est de l'article 21, la création d'une unité de formation soulève une série de questions qui ne trouvent aucune réponse dans le texte proposé. Quelle est la nature de cette formation? (Est-ce qu'elle sera sanctionnée par un diplôme?) Qui composera cette unité? Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à ce que des aspects essentiels d'un nouveau type de formation soient définis par règlement grand-ducal.

L'article 22 semble être une modification de l'organigramme de deux ministères. Le Conseil d'Etat rappelle que les attributions des ministères sont réglées par arrêté grand-ducal. Le législateur n'a pas à y interférer.

Article 24

L'article 24, en revanche, prévoit la désignation d'un directeur qui bénéficierait d'une prime non pensionnable de quarante points. Son mandat serait limité à cinq ans. Le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de ces dispositions dans le cadre de ce projet de loi.

Le Conseil d'Etat ne peut donc que réitérer sa proposition de limiter le présent texte à l'institution d'un ombudsman. Les autres dispositions sont soit tout à fait imprécises et n'ont pas leur place dans un projet de loi, soit rencontrent l'opposition de la part du Conseil d'Etat, comme c'est le cas pour la liste des enfants placés.

Suit le texte proposé par le Conseil d'Etat:

*

PROJET DE LOI
portant institution d'un médiateur pour les droits de l'enfant
appelé „Ombudspersoun fir d'Rechter vum Kand“

Art. 1er.– La présente loi a pour objet la promotion des droits de l'enfant et la protection sociale de l'enfance tels qu'ils sont notamment définis dans la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et approuvée par la loi du 20 décembre 1993.

Art. 2.– A cette fin il est institué un médiateur pour les droits de l'enfant appelé „Ombudspersoun fir d'Rechter vum Kand“.

La mission du médiateur est de veiller à la sauvegarde et à la promotion des droits et des intérêts des enfants, c'est-à-dire des personnes âgées de moins de dix-huit ans.

Art. 3.– Dans l'exercice de sa mission, le médiateur peut notamment:

- a) analyser les dispositifs institués pour protéger et promouvoir les droits de l'enfant, afin de recommander, le cas échéant, aux instances compétentes des adaptations nécessaires;
- b) émettre son avis sur les lois et règlements ainsi que sur les projets concernant les droits de l'enfant;
- c) informer sur la situation de l'enfance et veiller à l'application de la convention relative aux droits de l'enfant;

- d) présenter au Gouvernement et à la Chambre des députés un rapport annuel sur la situation des droits de l'enfant et la mise en oeuvre des dispositions de la Convention ainsi que sur ses propres activités;
- e) promouvoir le développement de la libre expression de l'enfant et de sa participation active aux questions qui le concernent;
- f) examiner les situations dans lesquelles les droits de l'enfant ne sont pas respectés et faire des recommandations afin d'y remédier;
- g) recevoir des informations et des réclamations relatives aux atteintes portées aux droits de l'enfant et écouter, à cet effet, selon les modalités à déterminer par lui, tout enfant qui en fait la demande;
- h) émettre à partir d'informations et de réclamations ou au sujet de cas particuliers instruits par lui, des recommandations ou des conseils permettant d'assurer une meilleure protection des droits et des intérêts de l'enfant.

Art. 4.- Le médiateur exerce sa mission en toute neutralité et indépendance.

Dans l'exercice de sa mission, des informations touchant à des situations ou des cas individuels sont soumises au secret professionnel. Ce secret professionnel ne s'oppose pas à la communication aux autorités judiciaires au titre de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse de toute information pertinente.

Le médiateur exerce ses fonctions sans pour autant intervenir dans des procédures judiciaires en cours et sans préjudice des dispositions de la loi du 10 août 1992.

Dans les limites fixées par les lois et règlements, le médiateur peut accéder librement à tous les bâtiments d'organismes publics ou privés engagés dans l'animation, l'assistance, la consultation, l'éducation, la formation, la garde, le placement ou la surveillance d'enfants. Dans le cadre d'une enquête, il peut demander à ce que toute information, pièce ou document, à l'exception de ceux couverts par le secret médical ou un autre secret professionnel lui soient communiqués.

Art. 5.- Le médiateur est nommé par le Grand-Duc.

Son mandat est de dix ans et non renouvelable.

Le médiateur est choisi en raison de ses compétences et de son expérience professionnelle dans le domaine de la protection et de la promotion des droits de l'enfant.

La fonction de médiateur est incompatible avec les mandats de député, de membre du Conseil d'Etat, de membre du Gouvernement, de bourgmestre et d'échevin.

Le médiateur exerce sa fonction à plein temps.

Art. 6.- Le Conseil supérieur de la famille et de l'enfance, exerce un rôle consultatif auprès du médiateur avec lequel il a des réunions régulières.

Celles-ci ont lieu à la demande du médiateur ou du Conseil.

Elles sont présidées par le médiateur.

Le Conseil peut soumettre au médiateur des informations ou des suggestions concernant la protection des droits de l'enfant.

Art. 7.- 1. Le médiateur touche une indemnité correspondant au traitement d'un fonctionnaire classé au dernier échelon du grade 17 suivant la classification résultant de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

2. Pour le cas où le médiateur est issu de la fonction publique, il est mis en congé pendant la durée de son mandat de son administration d'origine. Il continue à relever du régime de sécurité sociale correspondant à son statut.

Pour le cas où le médiateur est issu du secteur privé, il reste affilié au régime de sécurité sociale auquel il était soumis pendant l'exercice de sa dernière occupation.

3. En cas de cessation du mandat, le médiateur issu de la fonction publique est, sur sa demande, réintégré dans son administration d'origine à un emploi correspondant au traitement qu'il a touché précédemment, augmenté des biennales se rapportant aux années de service passées comme médiateur jusqu'à concurrence du dernier échelon du grade.

A défaut de vacance, il peut être créé un emploi hors cadre correspondant à ce traitement; cet emploi est supprimé de plein droit à la première vacance qui se produit dans une fonction appropriée du cadre normal.

4. En cas de cessation du mandat, le médiateur issu du secteur privé touche, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente mensuelle correspondant au salaire ou traitement mensuel moyen du dernier revenu professionnel cotisable annuel mis en compte au titre de sa carrière d'assurance en cours avant le début de sa fonction de médiateur.

Cette indemnité d'attente est réduite dans la mesure où l'intéressé touche un revenu professionnel ou bénéficie d'une pension personnelle.

Art. 8.— Le médiateur est assisté d'un service appelé „service du médiateur“. Le médiateur en est le supérieur hiérarchique. Le service du médiateur est composé au maximum de six personnes ayant le statut de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat. Ces personnes peuvent être détachées de l'administration gouvernementale.

Le service du médiateur est composé de fonctionnaires ou d'employés de l'Etat de la carrière supérieure jouissant d'une formation de juriste, de psychologue ou d'assistant social ainsi que de fonctionnaires ou d'employés de l'Etat des carrières moyenne et inférieure.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 25 mars 1999.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Paul BEGHIN