

N° 7238³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2017-2018

PROJET DE LOI

**portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008
sur la libre circulation des personnes et de l'immigration**

* * *

AVIS DE L'OMBUDS COMITE DIR D'RECHTER VUM KAND

(6.6.2018)

Le projet concerne exclusivement la mise en conformité avec la directive 2008/115/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16.12.2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. L'ORK félicite le législateur de vouloir donner plus de garanties aux mineurs non accompagnés, mais regrette la formulation du nouvel article 103 de la loi du 1 juillet 2011.

L'ORK entend formuler les remarques suivantes en application de la Convention Internationale des Droits de l'enfant de 1989¹ :

A. Le représentant légal du mineur non accompagné

L'ORK note que le nouvel article reprend les notions de « représentant légal » et « d'administrateur ad hoc » dans le même paragraphe. Cette nomenclature prête à confusion comme c'est déjà le cas dans les articles 5 et 20 de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et temporaire. En effet « administrateur ad hoc », obligatoire, est en charge de l'assistance et de la représentation du jeune au cours des procédures relatives à sa demande de protection internationale, tandis que le « tuteur, le représentant légal » conformément aux articles 389 et suivants du code civil est en charge de l'encaissement et soutien du jeune au quotidien. L'ORK propose de préciser les mandats en question.

Dans un esprit de protection de l'enfance, l'ORK souhaiterait que les garanties de ce texte puissent s'appliquer à tous les mineurs, avec ou sans représentant légal.

B. L'intérêt supérieur doit être une considération primordiale

Ensuite l'ORK propose de compléter la phrase « **L'intérêt supérieur de l'enfant** est évalué individuellement par une équipe pluridisciplinaire », par « **et doit être une considération primordiale** ». En effet l'évaluation a uniquement un sens si elle est aussi prise en considération. En se référant à l'article 3 de la Convention Internationale des droits de l'Enfant, le respect de l'Intérêt supérieur de l'Enfant doit prévaloir dans tous les actes relatifs aux enfants accomplis par les autorités publiques.

Petit rappel :

La CDE repose sur quatre principes généraux conçus pour guider l'interprétation de la Convention dans son ensemble et ainsi orienter l'élaboration des programmes nationaux de mise en oeuvre. Ces principes sont l'interdiction des discriminations (article 2), le droit à la vie, à la survie et au développement pour l'enfant (article 6), le respect de l'opinion de l'enfant (article 12) et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3.1). Parmi ces quatre principes, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant occupe la première place, car il traduit l'esprit – le message fondamental – de la Convention et en imprègne toutes les dispositions.

¹ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'assemblée générale des Nations-Unies le 20 novembre 1989 et la loi du 20 décembre 1993 portant approbation de cette Convention, Memorial 104 du 29.12.1993

Ce principe est énoncé à l'article 3.1 de la CDE, qui stipule que «[dans] toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».

Cette formulation a aussi été reprise dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui s'inspire à cet égard de la CDE et stipule que «dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».

C. Application de la CIDE

La CIDE s'applique à chaque enfant, indépendamment de sa nationalité ou de sa situation au regard de l'immigration et non pas seulement au moment du retour. Il est notoire que la CDE exige que les enfants migrants soient avant tout considérés et protégés comme des enfants.

D. La mise en pratique par l'équipe pluridisciplinaire

En raison de son omniprésence, l'ORK est conscient que le principe de l'intérêt supérieur reste difficile à appréhender pour ceux qui doivent le mettre en pratique. Le caractère indéfini et indéterminé de « l'intérêt supérieur de l'enfant » donne lieu à une diversité d'interprétations et de modalités d'application et son application dans une situation donnée ne débouche pas nécessairement sur un résultat particulier et immuable.

L'ORK approuve donc qu'une équipe pluridisciplinaire soit instituée pour s'occuper de cette évaluation. L'ORK recommande que les membres de ce comité soient formés en matière de droits de l'enfant, puisque le manque de précision de la notion de l'Intérêt de l'enfant peut uniquement être résolu par une interprétation globale de la CDE.

En effet, comme l'ont souligné Alston et Gilmour-Walsh² «le principe de l'intérêt supérieur présente un contenu beaucoup plus clair et donc plus précis lorsqu'il est considéré en conjonction avec les droits substantiels reconnus dans la CDE». Il est incontestable, par exemple, que l'intérêt supérieur de l'enfant commande de protéger chaque enfant contre toutes les formes de discrimination, de violence physique ou mentale, d'abus, de négligence ou d'exploitation, de dûment tenir compte de l'opinion de l'enfant dans toute affaire le concernant, et d'accorder à chaque enfant le droit à l'éducation et aux soins de santé. En plus choqué situation, chaque facteur, chaque personnalité implique une solution différente. Il convient donc de faire en sorte que les circonstances propres à chaque enfant soient prises en compte et que les différents facteurs affectant la situation et les perspectives de l'enfant soient scrupuleusement examinés avant de décider quelle solution durable lui convient le mieux, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale lors de l'examen de toutes les solutions possibles. Les efforts tendant à définir une solution durable doivent être déployés sans retard, mais aussi sans précipitation.

Dans le contexte de l'immigration, la solution durable, la solution la plus appropriée pour le mineur non accompagnée, peut consister, entre autres, à retourner dans le pays d'origine, à rester dans le pays d'accueil ou à rejoindre les membres de la famille dans un pays tiers.

L'ORK entend souligner que bien que **la réunification familiale** soit généralement considérée comme favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce n'est pas toujours le cas, soit à cause des risques existant à l'endroit où vivent les parents, soit à cause des risques que représentent les parents eux-mêmes. Il arrive, par exemple, que les parents aient été précédemment impliqués dans la traite de l'enfant ou qu'ils soient incapables de le protéger contre une traite secondaire. Quel que soit l'endroit, il faut éviter la réunification familiale dans les cas où les parents maltraitent ou négligent l'enfant (article 9.1 de la CDE). La réunification familiale devrait être évitée s'il existe un risque raisonnable qu'elle débouche sur la violation de droits fondamentaux de l'enfant. Le risque de violation grave devrait être apprécié eu égard à l'âge et au sexe de l'intéressé, par exemple en tenant compte des conséquences particulièrement graves pour les enfants d'une alimentation insuffisante ou d'une carence des services de santé.

² <https://www.unicef-irc.org/publications/108-the-best-interests-of-the-child-towards-a-synthesis-of-childrens-rights-and-cultural.html>

Selon l'étude établie par l'UNICEF en 2012³, l'équipe pluridisciplinaire doit donc prendre en considération, entre autres aspects, la situation en matière de sûreté, de sécurité et autres, notamment la situation socioéconomique, attendant l'enfant à son retour; les possibilités de prise en charge de l'enfant; l'opinion exprimée par l'enfant et les opinions des personnes subvenant à ses besoins; le degré d'intégration de l'enfant dans le pays d'accueil et la durée de l'éloignement de son pays d'origine; le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, et la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. Les autres aspects connexes qui devraient être pris en considération sont notamment le risque d'exposition de l'enfant aux sévices et à l'exploitation sexuelle, ainsi qu'aux pratiques traditionnelles néfastes; l'existence de schémas discriminatoires à l'égard des filles; la disponibilité et la qualité des services de santé et d'éducation; les possibilités d'intégration sociale à la communauté, et la capacité de cette dernière à s'occuper des enfants et à les protéger, en particulier les enfants ayant des besoins spéciaux. Rester dans le pays d'accueil peut être la solution qui sert le mieux l'intérêt supérieur de l'enfant, soit pour des raisons humanitaires, soit parce que ses parents séjournent dans ce pays, soit parce qu'il n'est pas possible ou souhaitable que l'enfant rejoigne ses parents dans leur pays d'origine ou dans un pays tiers.

E. Le risque de recherches trop longues

Pour l'ORK, le travail de l'équipe pluridisciplinaire aura pour but d'éviter que les enfants reçoivent l'autorisation de rester dans le pays d'accueil jusqu'à 18 ans, non parce que cela est nécessairement dans leur intérêt supérieur, mais en raison du coût et de la complexité des recherches à effectuer pour évaluer les possibilités de regroupement familial dans leur pays d'origine. Il faut donner à cette équipe les moyens nécessaires. Il ne faut pas oublier que les jeunes dont le statut légal n'a pas été décidé au moment où ils atteignent la majorité et ceux dont la demande d'asile a été refusée risquent beaucoup de basculer dans l'irrégularité au moment de leur majorité. En effet, ces derniers risquent de « disparaître » des centres d'accueil ou des autres formes de logement juste avant leur dix-huitième anniversaire, situation qui peut les mettre à la merci des réseaux de traite et des gangs criminels et, partant, les exposer fortement à l'exploitation et aux mauvais traitements.

F. La motivation du renvoi

D'après les considérations de l'ORK, le renvoi d'un enfant dans son pays d'origine est jugé illégal et inhumain, si les services de l'immigration n'ont pas obtenu de preuve fiable attestant de l'existence de dispositions adéquates pour assurer l'accueil et la prise en charge de l'enfant dans le pays en question, ou s'il est prévisible que l'enfant y sera abandonné, sans travail et dans une situation de pauvreté extrême. Les décisions administratives de renvoi d'un enfant dans son pays d'origine doivent être clairement justifiées et montrer que la situation particulière de l'enfant a été dûment évaluée.

G. Un statut particulier pour les Mineurs non accompagnés

Même si le projet 7238 ne concerne que les retours, l'ORK se doit de reformuler son plaidoyer pour un **statut particulier pour les Mineurs non accompagnés** leur permettant de s'intégrer valablement au Luxembourg, et de bénéficier d'une solution durable pour l'avenir.

Dans ce contexte et dans ce raisonnement d'une solution durable, la nécessité d'un tel statut est (in)directement liée à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, **l'intégration locale** doit reposer sur un statut juridique sûr (comme réfugié, bénéficiaire de formes complémentaires de protection ou immigrant légal) et être régie par les droits que consacre la Convention, lesquels sont pleinement applicables à tous les enfants restant dans le pays. Une prise en charge pour tout mineur non accompagné qui cesse dès que l'enfant atteint l'âge de 18 ans n'est pas une solution durable et donc contraire aux droits de l'enfant⁴.

3 <https://www.infomie.net/spip.php?article1330>

http://www.europe.ohchr.org/Documents/Publications/Judicial_Colloquium_French_web_version.pdf

4 Recommandation CM/Rec(2007)9 du Comité des ministres aux États membres sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés, adoptée par le Comité des ministres le 12 juillet 2007.

En conclusion l'ORK réitère son appel que conformément à l'esprit de la Convention pour les droits de l'enfant, il faut abandonner l'«approche fondée sur la répression» et privilégier plutôt une «approche fondée sur la protection».