



Pink Paper, Cellule de veille et d'action juridique en matière d'asile

Prise de position relative aux décisions prises en 2018 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant en vue d'un retour éventuel dans son pays d'origine

13 novembre 2018

Le présent document porte sur l'approche développée par la Direction de l'Immigration afin de déterminer l'intérêt supérieur de mineurs non accompagnés en vue d'une éventuelle décision de retour vers leur pays d'origine.

En 2018, pour la première fois, plusieurs comités se sont réunis dans ce but. Il n'existe toutefois pas à ce jour de protocole écrit sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une procédure de retour dans le pays d'origine.

Plusieurs cas pratiques nous amènent à nous questionner sur la composition et le fonctionnement de ces comités.

1. CONTEXTE LEGISLATIF

Comme indiqué dans l'exposé des motifs relatif au projet de loi 7238, portant modification de la loi modifiée du 29/8/2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration : « *L'objectif principal du présent projet de loi est de tenir compte des observations des experts dans le cadre de l'évaluation de 2016 de l'application de l'acquis de Schengen tant dans le domaine du retour que dans celui de la gestion des frontières extérieures. Une adaptation de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration est devenue nécessaire en ce qui concerne [notamment] l'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non-accompagnés dans le cadre d'une décision de retour* »

Dans une décision de 2016¹, le Conseil de l'Union Européenne recommande que le Grand-Duché de Luxembourg:

« 4) mette en place une politique claire sur le statut juridique des mineurs non accompagnés qui permette, sur la base d'une évaluation individuelle de l'intérêt supérieur de l'enfant et par souci de clarté juridique, soit d'arrêter et d'exécuter des décisions de retour à l'encontre des mineurs non accompagnés en séjour irrégulier dans le pays conformément à l'article 10 de la directive 2008/115/CE, soit de leur accorder un droit de séjour, en tenant dûment compte des règles applicables en matière de protection internationale, ainsi que du droit de l'Union européenne et de la législation nationale. L'évaluation individuelle devrait idéalement être réalisée par une équipe pluridisciplinaire et expérimentée et le tuteur désigné de l'enfant devrait y être associé »

La directive Retour prévoit dans son article 10² :

« 1. Avant que soit prise une décision de retour concernant un mineur non accompagné, l'assistance d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter le retour est accordée en tenant dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹ Conseil de l'Union européenne, Décision d'exécution du Conseil arrêtant une recommandation pour remédier aux manquements constatés dans l'évaluation de 2016 de l'application, par le Luxembourg, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique de retour, 12 décembre 2016, doc. UE 15483/16. Voir également Commission européenne, Recommandation visant à rendre les retours plus effectifs dans le cadre de la mise en oeuvre de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, 7 mars 2017, doc. UE C(2017)1600 final.

² 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

2. Avant d'éloigner du territoire d'un Etat membre un mineur non accompagné, les autorités de cet Etat membre s'assurent qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'Etat de retour. »

La transposition de cette directive a donné lieu à des modifications de la loi luxembourgeoise de 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration.

Le projet de loi 7238 prévoit le texte coordonné suivant :

Art. 103. (Loi du 1er juillet 2011) « Aucune décision de retour ne peut être prise contre un mineur non accompagné d'un représentant légal, à l'exception de celle qui se fonde sur des motifs graves de sécurité publique, sauf si l'éloignement est nécessaire dans son intérêt. **(Loi du xx xx xxxx) « L'intérêt supérieur de l'enfant est évalué individuellement par une équipe pluridisciplinaire. »** Le mineur non accompagné est assisté par un administrateur ad hoc dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à l'entrée et le séjour sur le territoire. »

2. AVIS RELATIFS AU PROJET DE LOI

Au cours du processus législatif en 2018, le projet de loi 7238 a bénéficié de plusieurs avis.

- Avis de la Commission consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg³

« L'équipe pluridisciplinaire

Depuis le début de l'année 2018, il existerait au sein de la Direction de l'immigration, un organe collégial censé se pencher sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une décision de retour le concernant, évoqué dans le « Bilan de l'année 2017 en matière d'asile et d'immigration » présenté par le Ministère des Affaires étrangères et européennes (MAEE). Cet organe collégial serait composé de membres du parquet, de l'Office national de l'enfance, de l'Office luxembourgeois de l'accueil et de l'intégration et enfin de la Direction de l'immigration, qui le présiderait.

L'exposé des motifs et le commentaire de l'article ne permettent pas de savoir si l'« équipe pluridisciplinaire » envisagée par le projet sous avis, est la légalisation de cet organe collégial tel qu'il est composé et fonctionne actuellement et, à l'instar du Conseil d'Etat, la CCDH « se demande ce qu'il convient d'entendre par « équipe pluridisciplinaire ». Dès lors, **la CCDH invite avant tout les auteurs à préciser la composition de cette « équipe pluridisciplinaire » et le mode de nomination de ses membres qui devraient, pour répondre aux exigences de la directive retour, être distincts des autorités chargées de l'exécution du retour** (ce qui n'est actuellement pas le cas de l'organe collégial censé exister au sein de la Direction de l'immigration).

En tout état de cause, au vu de l'état de vulnérabilité patent des mineurs non-accompagnés, la CCDH estime que l'Ombudscomité pour les droits de l'enfant (le moment venu le défenseur des droits de l'enfant tel que prévu par le projet de loi n°7236), le tuteur et l'administrateur ad hoc du mineur concerné, ainsi que des représentants de la société civile, devraient faire partie de cette équipe pluridisciplinaire et qu'il est nécessaire d'y inscrire d'ores et déjà leur présence dans la loi.

Il conviendrait également de préciser les règles de fonctionnement (saisine, présidence, adoption des évaluations...) de cette « équipe pluridisciplinaire » ou pour le moins de prévoir l'adoption d'un règlement grand-ducal à cet effet.

A défaut de procéder aux redressements et précisions qui s'imposent, cette « équipe pluridisciplinaire » ne pourra fonctionner efficacement ni remplir son rôle. »

- Avis du Conseil d'état⁴

Point 4° (article 4 selon le Conseil d'État)

« Le Conseil d'État se demande ce qu'il convient d'entendre par « équipe pluridisciplinaire » ».

- Avis de l'ORK⁵

³ [Avis sur le projet de loi 7238 portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration](#), Avis 09/2018, Commission consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg

⁴ [Avis du Conseil d'état portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration](#), n°72381, 8 mai 2018

⁵ Avis de l'Ombuds Comité fir d'Rechter vum Kand sur le Projet de loi 7238, portant modification de la loi modifiée du 29.08.2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, 6 juin 2018

« 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. »

3. PROBLEMATIQUES SOULEVEES PAR PASSERELL A.S.B.L.

A/ La hiérarchie des normes en matière de droits de l'enfants

Nous identifions un besoin d'information en ce qui concerne la hiérarchie des normes au regard des droits de l'enfants.

Dans une ordonnance du Juge des Tutelles datée de novembre 2016, une personne majeure luxembourgeoise se voit accorder la tutelle d'un mineur non accompagné demandeur d'asile.

dit que la présente tutelle cessera ses effets au cas où le domicile ou la résidence de l'un des administrateurs légaux sera découvert et que ledit administrateur légal sera dès lors à même d'exercer l'autorité parentale ou si la demande en obtention du statut de réfugiée est rejetée;

Dans cette ordonnance, le rejet de la demande d'asile entraîne la cessation des effets de la tutelle. Il nous semble qu'il y a dans ce cas une sérieuse confusion des genres.

Il y a lieu de rappeler que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est garanti par la [Convention internationale des droits de l'enfant](#) (CIDE) et figure dans la Charte des Droits Fondamentaux (article 24). Ces droits priment sur le fait que le mineur soit d'origine étrangère ou qu'il ait introduit une demande d'asile. Ainsi, il ne devrait y avoir aucun lien de cause à effet entre la procédure d'asile et la représentation légale d'un mineur. Il est un sujet de droit avant, pendant et après la demande d'asile. Pour cette raison, la représentation légale, lorsqu'elle est nécessaire doit perdurer tant que l'enfant est mineur se situe sur le territoire.

Enfin, il faut rappeler la hiérarchie des normes en matière de droits de l'enfant à tous les acteurs du droit de l'enfance, à tous les administrateurs publics et ad hoc, ainsi qu'aux agents administratifs : les droits de l'enfant ne s'arrêtent pas avec la procédure d'asile.

La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant implique qu'un retour dans le pays d'origine n'est pas automatique en cas de refus de protection internationale.

Le rôle de l'équipe pluridisciplinaire est justement de mettre en perspective des questions transversales relatives à l'intérêt de l'enfant en vue de le protéger contre toutes 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. Ce rôle est donc beaucoup plus large que celui reposant sur les critères de la Convention de Genève.

B/ Responsabilité partagée entre l'administrateur *ad hoc* et l'administrateur *public*

Au Grand-Duché, un mineur non accompagné est en principe encadré par :

- Un administrateur public : dans la pratique la Croix-Rouge ou Caritas
- Un administrateur ad hoc : dans la pratique un avocat

Le rôle de chacun est défini par des textes législatifs différents. La responsabilité de chacun des administrateurs fait l'objet d'ordonnances distinctes par le Juge des Tutelles.

1. Le rôle de l'administrateur public est défini dans le Code civil

[Art. 433. \(L. du 27 juin 2018\)](#)

« Si la tutelle reste vacante, le juge aux affaires familiales la défère à l'État et désigne à l'enfant un **administrateur public** qui sera choisi de préférence parmi les membres d'une société ou institution de charité ou d'enseignement public ou privée.

L'administrateur public **aura sur la personne et les biens du mineur les mêmes attributions qu'un administrateur légal sous contrôle judiciaire.** »

L'administrateur public pallie l'absence de tuteur qui « prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. » (art. 450 du Code civil)

2. Dans la loi de 2015, le mandat de l'administrateur ad hoc est décrit à l'article 20 :

«**Art. 20.** (1) Afin de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, le mineur non accompagné se voit désigner, dès que possible un représentant, à savoir une personne ou une organisation désignée par le juge des tutelles en tant qu'administrateur ad hoc **afin de l'assister et de le représenter au cours des procédures relatives à sa demande de protection internationale et, le cas échéant, d'accomplir des actes juridiques en son nom, et en sera informé immédiatement.** Lorsqu'une organisation est désignée comme représentant, elle désigne une personne chargée de s'acquitter des obligations de représentation à l'égard du mineur non accompagné. »

Puis à l'article 63 (1) « Dès que possible, après l'octroi de la protection internationale, la représentation des mineurs non accompagnés est assurée, par un administrateur ad hoc **ou, si nécessaire,** par un organisme chargé de prendre soin des mineurs et d'assurer leur bien-être, ou de toute autre forme appropriée de représentation.

(2) Les besoins des mineurs non accompagnés seront dûment pris en considération par l'administrateur ad hoc désigné **ou** le représentant. »

L'usage du terme « ou » à l'article 63 rend floue la répartition de certaines responsabilités. Si la pratique de l'administrateur public est structurée au sein d'organismes qui ont pour charge publique l'encadrement des mineurs, la pratique du rôle d'administrateur ad hoc est très variable selon l'acception retenue de l'article 20 de la loi de 2015.

La partage des responsabilités entre ces deux administrateurs rend parfois complexe la transposition des textes européens.

C/ La mise en place des comités d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant par une équipe pluridisciplinaire

Tout d'abord, bien que la loi n'ait pas encore été promulguée à ce jour, nous sommes étonnés que des comités d'évaluation de l'intérêt supérieurs de l'enfant aient déjà eu lieu et aient abouti à des rapports déterminant l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de procédure de retour.

Afin de protéger efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant, un préalable est que l'évaluation de cet intérêt soit réalisée par une équipe pluridisciplinaire neutre et indépendante, comme l'ont notamment souligné la Commission consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg et le Conseil d'Etat.

Ce préalable est formulé explicitement dans la Directive Retour : *Avant que soit prise une décision de retour concernant un mineur non accompagné, l'assistance d'organismes compétents **autres que les autorités chargées d'exécuter le retour** est accordée en tenant dument compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.*

Dans la publication de l'UNHCR intitulée « Aller de l'avant »⁶, page 46, l'UNHCR recommande au deuxième point des « marches à suivre et jalons » :

« Séparer de manière claire les organismes en charge de l'asile et de la protection de l'enfance, ainsi que leurs responsabilités respectives. A l'exception de la décision concernant la demande d'asile, **toutes les décisions concernant l'enfant devraient être prises par un organisme de protection de**

⁶ « Aller de l'avant, pour un renforcement des politiques et des pratiques relatives aux enfants non accompagnés et séparés en europe », UNHCR, Juillet 2017.

[L'enfance et non par celle chargée du droit d'asile](#) (en particulier pour les décisions ayant trait à l'EIS [Evaluation de l'intérêt supérieur] et à la DIS [détermination de l'intérêt supérieur]). »

Or dans les comités qui ont eu lieu, l'invitation était envoyée par la Direction de l'Immigration et le comité était présidé par la Direction de l'Immigration.

Cette institution est en charge du traitement de la demande de protection internationale de l'enfant et également de l'organisation du retour de l'enfant le cas échéant. Le conflit d'intérêt est manifeste puisque lors des réunions des comités convoqués, l'analyse de la demande de protection internationale est déjà dans une phase avancée. C'est la même institution qui convoque et préside actuellement ces comités pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

. Il nous paraît même nécessaire qu'il n'y ait pas seulement des représentants de l'Administration qui siègent à ce comité mais que des organismes chargés de la protection de l'enfance soient également investis dans ce rôle d'évaluation de l'intérêt de l'enfant à un stade liminaire de la procédure.

Par ailleurs, les administrateurs *publics* et *ad hoc* doivent impérativement être informés du déroulement et des enjeux de cette procédure. Une formation serait même d'une grande utilité.

Leurs rôles respectifs, en tant que représentants légaux des mineurs, doivent être explicités soit dans le cadre du projet de loi, soit dans le cadre d'un règlement grand-ducal comme suggéré par le Commission de la Chambre des députés⁷.

Cette commission relève qu'il y aurait un conflit d'intérêt si l'« avocat-tuteur » prenait part à cette réunion. La notion d'« avocat-tuteur » confirme qu'il y a une confusion totale des rôles même pour la commission parlementaire. La commission évoque un risque de conflit d'intérêt : « [Le rapporteur] fait remarquer qu'il y aurait conflit d'intérêt si l'avocat-tuteur faisait partie de cette équipe »

La position de l'UNHCR offre un éclairage sur ce point :

« Le rôle précis et les modalités de désignation **des tuteurs** varient d'un pays à l'autre. Le tuteur sera toujours consulté pendant la collecte des informations mais son rôle dans le processus dépendra de ses fonctions. Les tuteurs nommés par les autorités pour représenter l'enfant lors de procédures judiciaires seront en principe invités à assister aux réunions du groupe. En revanche, lorsque le terme « tuteur » désigne l'adulte chargé de s'occuper de l'enfant (par exemple, la famille d'accueil), il ne sera pas invité à participer aux sessions du groupe.⁸ »

Ici, on comprend alors que l'administrateur *ad hoc* est en principe invité à assister à la réunion du groupe alors que l'administrateur *public* ou tuteur est toujours consulté pendant la collecte des informations. Ce dernier a donc vocation à être entendu au cours de la réunion mais pas à assister à la réunion.

A l'issue de la réunion, dans un souci de transparence et de respect des droits de la défense, l'équipe pluridisciplinaire prend soin de documenter les informations collectées et d'étayer leur prise de décision de manière détaillée.

Conclusions

Considérant que ce projet de loi met en jeu le respect des droits de l'enfant, que la pratique actuelle nous semble contraire à la Directive européenne, et qu'elle a d'ailleurs fait l'objet d'avis critiques, nous contestons la légalité des décisions prises jusqu'alors dans le cadre de ces comités pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et demandons le réexamen des dossiers déjà examinés si le mineur ou ses représentants en font la demande.

La composition de l'équipe pluridisciplinaire doit être discutée, précisée et validée au cours du processus législatif encore en cours.

Une transparence administrative est nécessaire pour assurer le respect des droits de la défense et de l'enfant, notamment par :

⁷ Commission des Affaires étrangères et européennes, de la Défense, de la Coopération et de l'Immigration, procès verbal de la réunion du 25 juin 2018.

⁸ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), [Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant](#), May 2008

- La formalisation d'une procédure écrite impliquant une équipe pluridisciplinaire
- La communication aux administrateurs *public* et *ad hoc* de l'objet, des enjeux de la réunion ainsi que de tous les documents au moins 15 jours avant la tenue réunion de l'équipe pluridisciplinaire.
- La communication automatique et spontanée du rapport du comité aux administrateurs *public* et *ad hoc* avant la notification éventuelle d'une décision de retour.
- La présentation d'un rapport qui rend compte des propos des intervenants et présenter une conclusion étayée.