

Les droits de l'enfant en contexte migratoire

**LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT, LE
DROIT DE L'UNION, ET LE NOUVEL ARTICLE 15(5) DE LA
CONSTITUTION: QUELS APPORTS POUR LA PRATIQUE AU
LUXEMBOURG?**

Catherine WARIN – Anke VANDEREET



Plan

- Introduction: deux cas concrets du terrain
- Un enfant avant d'être un migrant : les exigences du droit international et européen
- Etat des lieux au Luxembourg : progrès et blocages en matière de droits de l'enfant
- Pistes de discussion et de progression pour l'avenir

1. Deux récits

« Hello, I am 12 years old. I live with my father and my little sister in Luxembourg. Twenty months ago, we came from Syria. I have not seen my mother for three years, and the reason is neglect by the Ministry of Immigration, and my father has been trying to bring her for a year, but all the roads here are dangerous, especially for my little sister, who is four years old, and I fear that they will die on the roads. The most dangerous problem for me is that I heard my father wants to leave from here to Germany. I love Luxembourg and its schools, and I do not want to lose two years of study and start again there. I live in fear and anxiety about everything. »

« We went to Ministry and told them our age. The first day, they said they didn't believe us "you go today and come back tomorrow". The second day, we told them again our age, we are going to be 16 in December, they questioned us separately. They said : "you are not telling your true age. Prove us with documents". But we lost our documents... They brought a deportation paper. I was crying. "if you don't sign with your true age, you can sign this deportation paper". It was saying I have to leave the country in three days. They were shouting. We were there for 5 hours. "You can't go back to camp if you don't sign this" But where do we sleep? »

2. Les exigences du droit international et européen : la CIDE

Traité international (ONU), un des plus largement ratifiés

Adoptée en novembre 1989, en vigueur depuis septembre 1990

Suivi et commentaires : Comité des droits de l'enfant (sous le HCDH)

Grands principes : non-discrimination, droit à la survie, opinion de l'enfant, et droit à l'éducation

Concept transversal majeur : l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)



Les exigences du droit international et européen : la CEDH

Pas de disposition spécifique sur les droits de l'enfant MAIS :

Art. 1er CEDH les droits consacrés s'appliquent à « toute personne » donc aussi les enfants

Protection notamment sous l'angle de l'article 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) et de l'article 8 (vie privée et familiale)



+ autres textes du
Conseil de l'Europe

Les exigences du droit international et européen : le droit de l'Union

Pas de droits humains, encore moins de droits de l'enfant dans le traité de Rome de 1957
MAIS:

Développement progressif d'une protection « incidente » dans la jurisprudence de la CJUE :

- Droits dérivés des enfants de travailleurs puis de citoyens de l'Union (*Carpenter, Baumbast...*)
- Droits dérivés des parents d'enfants citoyens de l'Union (*Zhu and Chen, Ruiz Zambrano...*)

Multiplication des liens avec la jurisprudence de la Cour EDH (vie privée et familiale)

La CIDE comme source d'inspiration pour les PGDUE (C-540/03 *Parlement / Conseil*) puis pour la Charte des droits fondamentaux



Article 24 de la Charte : Droits de l'enfant



fondé sur
la CIDE

1. *Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.*
2. *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.***
3. *Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.*

Progression des droits de l'enfant dans toutes les matières relevant du droit de l'Union

Démarche de la Commission européenne (« mainstreaming ») – Stratégie pour les droits de l'enfant publiée en 2021

Jurisprudence de la CJUE notamment sur l'intérêt supérieur:

- Marché intérieur : liberté de circulation des marchandises / droits de l'enfant (C-244/06 *Dynamic Medien Vertrieb*)
- Citoyenneté de l'Union : protection des enfants et de leur vie familiale (C-221/17 *Tjebbes*, C-490/20 *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, C-709/20 *The Department for Communities in Northern Ireland*, C-459/20 *X v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*)
- Coopération judiciaire en matière civile (C-403/09 PPU *Deticek*, C-644/20 *W.J.*)
- Asile et migration (C-233/18 *Haqbin*, C-112/20 *Etat belge* + arrêt tout récent du 30 janvier 2024, C-560/20 sur le regroupement familial)
- Droit pénal (C-261/22 *GN*)

3. Etat des lieux au Luxembourg :

Remarque préliminaire

L' « enfant » dans le contexte migratoire

L'enfant qui arrive avec ses parents

L'enfant qui arrive et qui obtient le statut du 'mineur(e) non accompagné(e)'

L'enfant qui arrive avec son grand frère

L'enfant qui arrive seul, mais que l'on considère majeur

L'enfant qui arrive et ne dépose pas de demande de protection internationale

Etat des lieux au Luxembourg : entre progrès récents et blocages persistants

- L'article 15 de la Constitution et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi
- Mobilisation institutionnelle et pratique administrative
- Mobilisation par les juges

Nouveauté – l'article 15(5) de la Constitution

Article 15

*(5) Dans toute décision qui le concerne, **l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.***

Chaque enfant peut exprimer son opinion librement sur toute question qui le concerne. Son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.

Chaque enfant a droit à la protection, aux mesures et aux soins nécessaires à son bien-être et son développement.

L'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi

Enfants

Loi relative à l'accueil

Art. 19. (1) Le directeur veille à accorder une attention primordiale à **l'intérêt supérieur de l'enfant** et à garantir un **niveau de vie adéquat** pour le développement physique, mental, spirituel, moral et social du mineur.

(2) En évaluant l'intérêt supérieur de l'enfant, il est tenu compte:

- a) des possibilités de regroupement familial;
- b) du bien-être et du développement social du mineur, en accordant une attention particulière à la situation personnelle du mineur;
- c) des considérations tenant à la sûreté et à la sécurité, en particulier lorsque le mineur est susceptible d'être une victime de la traite des êtres humains;
- d) de l'avis du mineur, en fonction de son âge et de sa maturité.

Mineur(e)s non accompagné(e)s

Loi relative à la protection internationale et temporaire

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 [Juge aux affaires familiales] 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.

L'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi (suite)

En cas d'éloignement

Loi de 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration

Art. 124 « (2) [...] Si l'étranger ne satisfait pas à l'obligation de quitter le territoire dans le délai lui imparti, **l'ordre de quitter le territoire** peut être exécuté d'office et l'étranger peut être éloigné du territoire par la contrainte. [...] Ces mesures sont appliquées conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité de la personne concernée. Au cours de l'exécution de l'éloignement, il est dûment tenu compte de **l'intérêt supérieur de l'enfant**, de la vie familiale, de l'état de santé du ressortissant de pays tiers et du principe de non-refoulement, sans préjudice des articles 129 et 130. »

En cas d'obtention du statut

Loi relative à la protection internationale et temporaire

Art. 63 (4) Dans la mesure du possible, les fratries ne sont pas séparées, eu égard à **l'intérêt supérieur** du mineur concerné et notamment à son âge et à sa maturité. [...]

(5) Si un mineur non accompagné se voit octroyer une protection internationale, les membres de sa famille dont la recherche n'a pas encore débuté, sont recherchés dès que possible, après l'octroi de la protection internationale, tout en protégeant **l'intérêt supérieur** du mineur.

Mobilisation institutionnelle et pratique administrative

L'Okaju, La CCDH, L'Ombudsman

Les ministères

La commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés

Surveillance par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU

Mobilisation institutionnelle et pratique administrative : L'Okaju et la CCDH

L'Okaju

- Intervient dans des cas individuels
- Interpelle le Ministère de l'Accueil face aux pratiques de mise à la rue des familles en insistant sur la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant (décembre 2023)

La CCDH

- Droits de l'enfant comme droits humains
- Prises de position par ex. lettre ouverte au formateur du gouvernement concernant les droits de l'enfant ainsi que les droits au regroupement familial et à la vie privée en péril



exemples de pratiques administratives relevées en contexte migratoire

Enfant
accompagné

Plan d'action national droits de l'enfant (2023) MAIS

1. Utilisation de l'intérêt supérieur de l'enfant pour refuser le statut de MNA

Monsieur [REDACTED] a introduit une demande de protection internationale pour le compte de son frère en date du 19 septembre 2022 en se déclarant être la personne responsable de [REDACTED]. De plus, il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas séparer les fratries.

Au regard de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire Monsieur [REDACTED] est donc considéré comme un mineur accompagné. Quant au volet de la tutelle, il n'est pas de notre ressort pour se prononcer sur son opportunité.

exemples de pratiques administratives relevées en contexte migratoire

Enfant
accompagné

2. Le regroupement familial qualifié de stratagème

- Arguments de l'Etat dans des procédures de regroupement familial d'un enfant avec ses parents

Enfin, la partie étatique se doit de mettre en garde contre les dérives potentielles découlant du positionnement opéré par les premiers juges dans le jugement entrepris, celui-ci ouvrant la voie au regroupement familial organisé, instrumentalisé et stratégique.

Le représentant étatique relève le fait que le frère ■■■■ aurait obtenu le statut de réfugié déjà en mars 2018 donc quatre mois avant son frère mineur et qu'il aurait parfaitement pu solliciter un regroupement familial en son nom personnel, demande qu'il aurait sciemment omise de faire pour contourner la loi et pour tenter de profiter de conditions plus avantageuses.

La commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés: progrès ou problème ?

Art. 103 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ;
RGD du 4 novembre 2020 fixe composition (ONA, ONE, parquet, Ministre de l'Immigration et fonctionnement)

cf. la lettre ouverte conjointe Okaju – CCDH du 11/07/2022: « À quand une composition neutre et compétente en matière d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés ? »

Modification avec le RGD du 12 août 2022 (ajout d'un membre de la société civile + suppression de la voix prépondérante du représentant du Ministre de l'Immigration)

Reste des interrogations : absence de motivation des avis rendus

Le dernier rapport du Comité des droits de l'enfant (2021)

Le Comité « demeure préoccupé » par les points suivants :

- a) La législation de l'État partie sur l'immigration et l'asile autorise le placement d'enfants en détention sous certaines conditions et dans certaines circonstances ;*
- b) La durée maximale de la détention des familles avec enfants a été portée de trois à sept jours ;*
- c) Les arrêtés d'expulsion sont exécutés en violation des droits et de la dignité des enfants, notamment dans les écoles ;*
- d) L'article 20 (par. 4) de la loi sur l'asile autorise le recours à des examens médicaux, notamment à des examens osseux, dont il a été établi qu'ils ne permettaient pas d'évaluer de façon fiable l'âge des demandeurs d'asile ;*
- e) La commission consultative chargée de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte du renvoi des enfants non accompagnés n'est ni indépendante ni neutre et est composée d'acteurs précisément chargés d'exécuter ces renvois ;*
- f) Il n'existe, semble-t-il, aucun système permettant une prise en charge adéquate des enfants non accompagnés qui ne sollicitent pas une protection internationale ;*
- g) Les enfants non accompagnés changent de lieu d'hébergement une ou deux fois et sont parfois hébergés en compagnie d'adultes avant d'être accueillis dans des centres spécialisés dans l'accueil des enfants non accompagnés, parfois sans leur consentement préalable.*

Mobilisation par les juges

Encore récemment : incohérences dans la jurisprudence luxembourgeoise

- Les juridictions civiles appliquent les droits de l'enfant sans problème – cf. par ex. déc. 2018: Le **Tribunal d'arrondissement** a souligné qu'un changement d'établissement scolaire « *rompait avec le passé de l'enfant et qu'il présage de l'avenir* » de l'enfant concerné et appelle ainsi une véritable réflexion sur son intérêt supérieur (TAL, 12 décembre 2018, TAL-2018-07292)
- Au même moment, réticences majeures des juges administratifs à appliquer les droits de l'enfant – quelques exemples :

Réticence des juges administratifs à appliquer la Convention

- Tribunal administratif - juge administratif des référés : le changement de pays est « un aléa inhérent » à l'application du règlement Dublin (par ex Trib. adm., 28 février 2017, n°39160)
- Septembre 2020: le **Tribunal administratif** confirme le refus décidé par l'administration au motif que pour l'examen d'une demande d'asile, seuls les critères posés par la convention de Genève doivent être examinés (Trib. adm, 21 septembre 2020, n°43965)
*« le tribunal (...) est appelé à se prononcer exclusivement sur l'existence, dans le chef d'un étranger, de raisons de craindre d'être persécuté dans son pays d'origine (...). **Il ne lui appartient pas de se prononcer, dans ce contexte, sur la question d'une éventuelle méconnaissance de l'intérêt supérieur** de l'enfant du demandeur de protection internationale, protégé (...) par l'article 3 de la Convention de New York, (...) »*

Réticence des juges administratifs à appliquer la Convention (suite)

- Juin 2020: la **Cour administrative** considère que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas mener à l'annulation d'une décision de retour dans le pays d'origine (Cour adm., 18 juin 2020, n°44376C)

*« Elle n'est pas habilitée à se prononcer, dans ce contexte, sur la question d'une éventuelle violation du droit au respect de sa vie privée et familiale tel que garanti par **l'article 8 de la CEDH et l'article 7 de la Charte**, étant donné que cette question ne relève ni du champ d'application de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, ni de celui de la loi du 18 décembre 2015. Pour les mêmes motifs, il y a lieu de rejeter comme non fondés le moyen tiré d'une violation de **l'article 24 de la Charte** qui prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer une considération primordiale dans tous les actes qui les concernent*

Mobilisation par les juges

- Juillet 2023: Le **Juge aux Affaires Familiales** s'appuie sur la CIDE pour annuler la tutelle d'un oncle et nommer un administrateur public (jugement du 4 juillet 2023 - 2023TALJAF/002374)

« *Dans le choix de l'administrateur public, le tribunal doit – en application de l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, se laisser guider par **l'intérêt supérieur de la mineure**. [...] Il est dans l'intérêt de [...] de désigner non pas son oncle [...], mais la fondation CARITAS administrateur public à la mineure.* »

Code Civil Art. 433 : 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

Mobilisation par les juges (suite)

- Juin 2023 : Le **Tribunal administratif** annule l'ordre de quitter le territoire pour un enfant sur base de l'article 24 de la Charte (Trib. adm., 19 juin 2023, n°48896)

*Ainsi, il ressort de ces développements qu'en ordonnant à l'enfant ... de quitter le territoire luxembourgeois pour aller au Cameroun, pays dont il a la nationalité et seul pays dans lequel il pourrait éventuellement se rendre, équivaudrait à le renvoyer seul dans ledit pays, ce qui est, au vu des enseignements de la CJUE tels que mentionnés ci-avant, manifestement contraire à **l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré notamment à l'article 24 de la Charte.***

Confirmé par la
Cour administrative
16 nov 2023 49191C

Zoom sur le regroupement familial

Art. 70.4
de la loi
de 2008

- Conditions favorables au regroupement familial avec les parents pour les enfants « **mineur(e)s non accompagné(e)s** »
- Situation problématique pour de nombreux **enfants « accompagnés »** : mêmes conditions que pour les adultes
 - ! Parents à la charge du mineur !
- Les juges mobilisent le droit à la vie privée et familiale ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant

Zoom sur le regroupement familial (suite)

- Avril 2022 - la **Cour administrative** confirme un jugement du Tribunal administratif annulant une décision de refus de regroupement familial (Cour adm., 21 avril 2022, n°46806C)

*Au vu de ces éléments, l'autorité ministérielle, quoique fondée à se prévaloir du fait que (R) n'était plus une mineure non accompagnée à la date de la décision litigieuse, dès lors que son frère aîné avait été désigné comme son administrateur public, n'a cependant pas tenu compte des **circonstances particulières de l'espèce**, à savoir le **jeune âge** de (R), sa **vulnérabilité** en tant que réfugiée et les circonstances l'ayant amenée à fuir son pays d'origine et l'ayant empêchée à mener une vie familiale normale, ainsi que sa **détresse psychologique** depuis sa séparation d'avec ses parents. Ce faisant le ministre a porté une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et familiale en **violation de l'article 8 de la CEDH et a méconnu l'intérêt supérieur de l'enfant, protégé par l'article 24 de la Charte** et l'article 5 de la directive 2003/86/CE, de manière à justifier l'annulation de la décision de refus litigieuse.*



Zoom sur le regroupement familial (suite)

- Octobre 2023: la **Cour administrative** confirme l'annulation d'un refus de regroupement familial pour violation de l'article 8 de la CEDH et 24 de la Charte (Cour adm., 12 octobre 2023, n°48893C)

*«Au vu de ces éléments, l'autorité ministérielle, quoique fondée à se prévaloir du fait que Madame (A) n'était plus une mineure non accompagnée à la date de la décision litigieuse, n'a cependant pas tenu compte des **circonstances particulières de l'espèce**, à savoir le **jeune âge** de l'intimée au moment de sa séparation avec sa mère, **sa vulnérabilité** au vu du statut de réfugié lui accordée l'ayant amenée à fuir son pays d'origine et l'ayant empêchée à y mener une vie familiale normale, ainsi que la **détresse psychologique** dont elle témoigne notamment lors de son entretien »*

- Novembre 2023: le **Tribunal administratif** annule le refus d'un regroupement familial avec la fratrie (Trib. adm., 21 novembre 2023, n°46831)

L'Etat a
interjeté appel

Jurisprudence récente sur le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion

Jugement du 11 octobre 2023, n°49311, concernant la décision d'irrecevabilité d'une demande de protection internationale d'une famille de plusieurs enfants dont l'aînée (15 ans) a demandé d'être auditionnée avant la prise de décision :

*Il n'en reste pas moins que le **libellé des articles 15 (5), alinéa 2 de la Constitution et 24 (1) de la Charte est clair, en ce que ces articles ne consacrent que la liberté de l'enfant d'exprimer son opinion et la nécessité d'une prise en considération de l'opinion ainsi exprimée, et non pas un droit de l'enfant d'être entendu**, en ce sens que les autorités étatiques seraient tenues d'organiser l'audition de l'enfant en cas de prise d'une décision le concernant.*

(...)

Par ailleurs, le tribunal constate que l'enfant B aurait à tout moment de l'instruction de sa demande de protection internationale pu exprimer son opinion par écrit, soit en personne, soit à travers ses parents, soit à travers son litismandataire, ce qu'elle n'a cependant pas fait. Par ailleurs, les parents de l'intéressée ont, quant à eux, été auditionnés par un agent ministériel, entretiens au cours desquels ils auraient eu la possibilité de faire part de l'opinion de l'enfant B, ce qu'ils ont omis de faire.

Dans ces circonstances, aucune violation des articles 15 (5), alinéa 2 de la Constitution et 24 (1) de la Charte n'est vérifiée en l'espèce, de sorte que le moyen afférent encourt le rejet.

4. Pistes de discussion et de progression pour l'avenir

Défis principaux :

- Difficulté de concilier diverses logiques (éducative, thérapeutique, administrative, contentieuse)
- Enjeux interculturels
- Absorption de nouvelles normes et concepts juridiques

Solutions?

- Détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant par une équipe pluridisciplinaire, professionnelle et formée à l'écoute de l'enfant
- La représentation des enfants non accompagnés: besoin de lignes directrices claires
- Importance du dialogue et des formations horizontales et interdisciplinaires
- Importance du suivi des évolutions normatives et jurisprudentielles à tous les niveaux

Pour aller plus loin

- **Okaju:** Rapport thématique : « Vers un statut administratif autonome pour les enfants non-accompagnés au Luxembourg (novembre 2023)
- **Unicef** Luxembourg: Enfants non accompagnés - Mettre l'enfant au centre (novembre 2023)
- **UNHCR** Luxembourg: Conditions d'accueil des enfants non accompagnés et séparés au Grand-Duché de Luxembourg - UNHCR (octobre 2023)
- **JRS** Luxembourg: L'évaluation de l'âge des jeunes demandeurs de protection internationale - Analyse de la situation actuelle (novembre 2023)