



UNITED NATIONS
HUMAN RIGHTS
OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER

Europe
Regional Office

**APPLICATION JUDICIAIRE
DE L'ARTICLE 3
DE LA CONVENTION
RELATIF AUX DROITS DE L'ENFANT
EN EUROPE**

*Le cas des enfants migrants, y compris
les enfants migrants non accompagnés*

Table des Matières

Remerciements	4
Abréviations	5
Note de synthèse	7
Introduction	9
A. Les enfants migrants et la CDE	9
B. Les enfants migrants et la jurisprudence régionale et nationale	13
C. Objectifs de l'étude	15
Chapitre 1: L'article 3 de la CDE dans la jurisprudence des tribunaux régionaux et nationaux en Europe	16
A. Le droit de l'Union européenne et l'intérêt supérieur de l'enfant	16
B. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'intérêt supérieur de l'enfant	18
C. Le droit national et l'intérêt supérieur de l'enfant.....	21
Chapitre 2: Application de l'article 3 de la CDE dans les procédures d'évaluation de l'âge	24
A. Les différentes approches de l'évaluation de l'âge en Europe	25
B. Jurisprudence nationale.....	26
1. Autriche.....	27
2. France.....	28
3. Irlande.....	31
4. Espagne	34
5. Royaume-Uni.....	37
C. Bonnes pratiques.....	42
Chapitre 3: L'article 3 de la CDE et des solutions durables pour les enfants	43
A. Les difficultés pour trouver des solutions durables en Europe.....	46
B. Jurisprudence nationale.....	48
1. Belgique.....	49
2. France.....	52
3. Italie	56
4. Portugal	61
5. Espagne	63
6. Royaume-Uni.....	66
C. Bonnes pratiques.....	69
Chapitre 4: L'article 3 de la CDE par rapport à l'accès aux services sociaux de base et à l'exercice d'autres droits	72
A. Accès aux droits et aux services sociaux dans les États membres de l'UE	73
B. Jurisprudence nationale.....	75
1. Belgique.....	75

Arrêt du Tribunal de Première instance de Bruxelles, Chambre du Conseil du 16.10.2002	76
Arrêt n° 189/2004 de la Cour d'Arbitrage du 24.11.2004	77
2. France.....	77
3. Italie	80
4. Espagne	83
5. Pays-Bas	84
6. Royaume-Uni.....	86
C. Bonnes pratiques.....	89
Chapitre 5: Garanties procédurales, notamment le droit des enfants à participer aux procédures judiciaires	91
A. Lacunes persistantes dans les garanties procédurales mises en place pour les enfants en Europe.....	93
B. Jurisprudence nationale.....	94
1. Autriche.....	94
2. France.....	96
3. Irlande.....	98
4. Italie	100
5. Espagne	102
6. Royaume-Uni.....	104
C. Bonnes pratiques.....	107
Chapitre 6: Conclusions et recommandations	109
Annexe: Liste synthétique des bonnes pratiques	112
Bonnes pratiques en matière d'évaluation de l'âge	112
Bonnes pratiques en matière de solutions durables	113
Bonnes pratiques en matière d'accès aux services.....	114
Bonnes pratiques en matière de garanties procédurales	115
Références des affaires citées	116

Remarque:

Il est fréquemment fait référence aux observations et recommandations générales des organes de traités des Nations Unies. Les observations et recommandations émises jusqu'en 2008 ont été réimprimées dans le document de l'ONU «Compilation of General Comments Adopted by Human Rights Treaty Bodies», HRI/GEN/1/Rev.9, vol. I et vol. II. Les observations générales ultérieures peuvent être trouvées dans la base de données des organes de traités, sur le site internet du HCNUDH: <http://www.ohchr.org>.

Remerciements

Le Bureau régional Europe du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme exprime sa reconnaissance à Patrícia Jerónimo Vink, professeur à l'école de droit de l'université de Minho, au Portugal, et à Nadine Finch, avocate aux Garden Court Chambers, à Londres, qui sont les principaux auteurs de la présente publication. Les auteurs tiennent à remercier M. Jan Jařab, M. Pablo Espiniella (HCRNUDH) et M^{me} Margaret Wachenfeld (UNICEF) pour leurs contributions et conseils. Les opinions exprimées dans la présente publication sont celles des auteurs et ne reflètent nécessairement ni celles du Bureau régional Europe du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme ni celles de UNICEF.

Abréviations

ANAFE	Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (France)
CDF	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMW	Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
DGAIA	Direction générale de l'attention à l'enfance et à l'adolescence (Espagne)
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)
ECRE	Conseil de l'Europe sur les réfugiés et les exilés
CouEDH	Cour européenne des droits de l'homme
EEE	Espace économique européen
REM	Réseau européen des migrations
UE	Union européenne
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
HRC	Comité des droits de l'homme
HSE	Exécutif du service de santé (Irlande)
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
OIM	Organisation internationale pour les migrations
ONG	Organisation non gouvernementale
NRM	Mécanisme national de renvoi (Royaume-Uni)
HCNUDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
ORAC	Commissariat aux demandes d'asiles à titre de réfugié (Irlande)
RAT	Cour d'appel des réfugiés (Irlande)
SIAC	Commission spéciale des appels en matière d'immigration
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

APPLICATION JUDICIAIRE DE L'ARTICLE 3 DE LA CDE EN EUROPE

DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
UKSC	Cour suprême du Royaume-Uni
ONU	Organisation des Nations Unies
HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance

Note de synthèse

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE) et ses Protocoles facultatifs fournissent une base permettant d'établir des mécanismes efficaces pour relever les défis très variés auxquels sont confrontés les États et les autres acteurs, y compris les organisations régionales, dans leur mission visant à garantir aux enfants l'accès à leurs droits et leur exercice. Selon l'article 3 de la CDE, «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». Ce principe prend une importance toute particulière dans le cas des enfants migrants, y compris les enfants migrants non accompagnés, en situation régulière ou irrégulière, dont traite la présente étude.

Tous les pays européens ont signé et ratifié la CDE, mais tous ne l'ont pas transposée dans leur droit national. Qu'elle ait été transposée ou non, la CDE est un instrument juridiquement contraignant du droit international qui doit guider le droit national et son interprétation. Il existe en Europe une grande diversité de cadres politiques et juridiques régionaux et nationaux qui visent à assurer le respect de la CDE. Dans le même temps, il est peu fréquent que les politiques et législations nationales en matière de migration adoptent une perspective centrée sur les droits des enfants ou considèrent les vulnérabilités particulières des enfants, et la plupart des politiques publiques de l'enfance ne tiennent pas compte des droits spécifiques des enfants dans le contexte de la migration. Les cadres juridiques et politiques présentent donc des lacunes manifestes, dont pâtissent de nombreux enfants migrants, surtout ceux en situation irrégulière. Ce sont ces lacunes et leurs effets sur certains enfants parmi les plus vulnérables d'Europe qui ont incité le HCNUDH et l'UNICEF à organiser un colloque judiciaire et à commander la présente étude. La jurisprudence des tribunaux régionaux et nationaux, qui forme une source de bonnes pratiques et favorise l'émergence d'orientations sur le principe de l'intérêt supérieur, mérite une attention soutenue. Étant donné la multiplicité des niveaux des obligations relatives aux enfants migrants découlant des obligations internationales au titre de la CDE, des obligations régionales découlant de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), du droit de l'UE ainsi que du droit national, la jurisprudence en la matière est répartie entre les tribunaux nationaux, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH). La CJUE et la CouEDH sont des tribunaux supranationaux dont la jurisprudence est acceptée par les pays d'Europe comme faisant pour le moins autorité pour ce qui concerne les interprétations des normes régionales et internationales. Les tribunaux nationaux sont manifestement influencés par les arrêts de ces tribunaux régionaux, auxquels ils ont souvent fait référence pour adopter leurs décisions relatives au principe de l'intérêt supérieur et aux enfants migrants.

Ce qu'il importe de vérifier, c'est comment les tribunaux nationaux et régionaux appliquent le principe de l'intérêt supérieur aux situations concrètes qui impliquent des enfants migrants, en particulier des enfants en situation d'immigration irrégulière et des enfants non accompagnés ou séparés de leurs parents. Cette vérification nécessaire soulève deux ensembles de questions interdépendantes. D'une part, les tribunaux appliquent-ils effectivement le principe de l'intérêt supérieur lorsqu'ils statuent sur les affaires impliquant des enfants migrants? L'article 3 de la CDE est-il directement invoqué par les tribunaux pour justifier leurs arrêts? Dans l'affirmative, est-il invoqué seul ou en conjonction avec d'autres dispositions juridiques internationales ou nationales? Quel est le poids accordé à la détermination de l'intérêt supérieur dans la prise des décisions finales? D'autre part, lorsque les tribunaux appliquent le principe de l'intérêt supérieur, comment s'y prennent-ils pour en déterminer le contenu? Quels facteurs les tribunaux prennent-ils en considération au moment de décider de ce qui est l'intérêt supérieur d'un enfant migrant? Quand un tribunal décide, par exemple, de confirmer une décision administrative qui consiste à renvoyer un enfant non accompagné dans son pays d'origine, comment s'assure-t-il que cette décision sert l'intérêt supérieur de l'enfant? Quelle importance les tribunaux attachent-ils aux dispositions plus substantielles de la CDE en déterminant l'intérêt supérieur de l'enfant? Le principe de l'intérêt supérieur n'est-il qu'une simple garantie procédurale ou sert-il aussi de norme substantielle? Les décisions des tribunaux sont-elles d'une quelconque façon influencées par les observations et rapports émis par le Comité des droits de l'enfant et les autres organes de traités au sujet du principe de l'intérêt supérieur?

Afin de répondre à ces questions, le Bureau régional Europe du HCNUDH a organisé un colloque judiciaire sur l'application de l'article 3 de la CDE dans les procédures qui impliquent des enfants migrants, en particulier des enfants ayant un statut d'immigration irrégulière et des enfants non

accompagnés ou séparés de leurs parents. Organisé en coopération avec l'UNICEF et avec le soutien du HCR, de Save the Children, de l'ECRE et de la Cour suprême de Catalogne, ce colloque s'est déroulé à Barcelone le 8 juillet 2011 et a rassemblé des juges de tribunaux nationaux et régionaux d'Europe. Les débats du colloque ont été étayés par un document de référence dans lequel des affaires judiciaires nationales (de différents juridictions et niveaux d'appel dans différents pays) illustraient les aspects essentiels traités par les tribunaux pour prendre des décisions relatives aux enfants migrants et à la protection de leur intérêt supérieur: a) procédures d'évaluation de l'âge, b) décisions concernant des solutions durables pour les enfants, c) accès aux services sociaux de base et exercice des droits y afférents, et d) garanties procédurales à mettre en place pour assurer le respect des droits des enfants, notamment le droit des enfants à participer aux procédures judiciaires, dans la mesure où des décisions importantes pour leur avenir sont prises dans ces circonstances.

Cette étude se fonde sur le document de référence de ce colloque judiciaire et sur les débats menés pendant celui-ci. Elle analyse une série de décisions judiciaires prises par la CJEU et la CouEDH et par certains tribunaux nationaux d'Europe qui ont appliqué le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des affaires impliquant des enfants migrants en situation irrégulière, y compris des enfants non accompagnés et des enfants séparés de leurs parents. Ces affaires ont été sélectionnées pour illustrer le type de questions portées devant les tribunaux nationaux et la façon dont ceux-ci interprètent l'obligation qui leur est faite, au titre de l'article 3 de la CDE, de traiter l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale. Enfin, cette étude met en évidence plusieurs affaires qui se réfèrent explicitement à l'intérêt supérieur de l'enfant et peuvent servir de bonnes pratiques pour orienter la jurisprudence future partout en Europe.

Introduction

A. LES ENFANTS MIGRANTS ET LA CDE

Des milliers d'enfants arrivent chaque année en Europe. Certains arrivent avec leurs parents et d'autres sont seuls, qu'ils soient non accompagnés ou séparés¹. Ces enfants fuient la guerre, une situation de violence généralisée, craignent d'être persécutés dans leur pays d'origine ou encore tentent d'échapper à la pauvreté extrême en recherchant de meilleures opportunités économiques². Certains sont victimes de la traite d'enfants aux fins de l'exploitation sexuelle, d'actes criminels liés à l'exploitation et ont été amenés en Europe par des moyens illégaux³.

Qu'ils soient seuls ou accompagnés, les enfants migrants doivent affronter de graves difficultés à chaque étape du processus de migration. Lorsqu'ils arrivent en Europe, ils sont souvent traités comme des adultes migrants irréguliers⁴, avec peu ou pas de considération pour leur vulnérabilité et leurs droits et besoins spécifiques en tant qu'enfants. Souvent, ils n'ont pas accès aux procédures d'asile ou de migration⁵. Il arrive que ces enfants soient placés dans des centres de détention ou d'expulsion, aux côtés d'adultes avec lesquels ils n'ont aucun lien, et exposés à des conditions de vie difficiles, notamment la surpopulation, le manque de soins médicaux et une alimentation inadéquate⁶. Parfois, on leur refuse l'accès à des services essentiels, tels que l'éducation et les soins de santé, en raison de leur statut de migrants irréguliers ou de celui de leurs parents. Il arrive également qu'on les expulse sans avoir évalué leurs besoins de protection ou déterminé quels services de soin ou d'accueil les attendent à leur retour dans leur pays d'origine. Ils sont souvent mal informés sur leurs droits; les personnes chargées de prendre des décisions sur leur avenir ne tiennent pas souvent compte de leur avis. Pour ne rien arranger, on refuse parfois à ces enfants l'assistance juridique et l'accès aux tribunaux qui pourraient leur permettre d'obtenir justice et de bénéficier d'un recours.

Bien que tous les pays européens aient signé et ratifié la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE) et qu'il leur incombe donc d'«assurer la protection des enfants à toutes les étapes du processus de migration»⁷, quelle que soit la situation de leurs parents au regard des lois sur l'immigration, les politiques d'immigration un peu partout en Europe ont encore tendance à négliger les droits de l'enfant et les obligations qui y sont liées au titre des droits de l'homme⁸. Comme l'a souligné l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, un certain nombre de

¹ Un *enfant non accompagné* est un enfant (c.-à-d. une personne de moins de 18 ans) qui a été séparé de ses deux parents et d'autres membres de sa famille et n'est pas pris en charge par un adulte investi de cette responsabilité par la loi ou la coutume; un *enfant séparé* est un enfant qui a été séparé de ses deux parents ou des personnes qui en avaient auparavant la charge à titre principal en vertu de la loi ou de la coutume, mais pas nécessairement d'autres membres de sa famille (un enfant séparé peut donc être accompagné par un autre membre adulte de sa famille). Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 sur le *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, CDE/GC/2005/6, du 01.09.2005, paragraphes 7 et 8. Au cours de la présente étude, nous évoquerons de façon conjointe les enfants non accompagnés et séparés, cette désignation étant la plus courante dans les rapports de droit international. Néanmoins, mettre sur le même pied les enfants non accompagnés et les enfants séparés manque parfois de précision quand il s'agit d'analyser les systèmes juridiques nationaux. En effet, certains pays comme le Portugal et la Grèce n'ont établi de dispositions de protection spéciales que pour les enfants non accompagnés et ne traitent pas les enfants séparés de la même façon.

² Leurs motivations sont complexes et évoluent souvent au fil du processus migratoire. Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, juillet 2010, paragraphe 5.

³ Voir «Child Trafficking in Europe: A Broad Vision to Put Children First», Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, 2008, p. iv.

⁴ Rapport soumis au Conseil des droits de l'homme de l'ONU par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14.05.2009, paragraphe 23.

⁵ Liv Feijen, «The Challenges of Ensuring Protection to Unaccompanied and Separated Children in Composite Flows in Europe», dans *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27, n° 4, 2009, p. 63.

⁶ Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, juillet 2010, paragraphes 50 et 51.

⁷ Rapport soumis au Conseil des droits de l'homme par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14.05.2009, p. 1.

⁸ Anthony Macdonald, «Protection Responses to Unaccompanied and Separated Refugee Children in Mixed Migration Situations», dans *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27, n° 4, 2009, p. 50.

dispositions énoncées par la CDE – intérêt supérieur de l'enfant, interdiction des discriminations, dispositions visant à faciliter la réunification familiale, etc. – sont souvent ignorées par les États lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des mesures relatives à l'asile (et à l'immigration)⁹. Il est peu fréquent que les politiques et législations nationales en matière de migration adoptent une perspective centrée sur les droits des enfants ou considèrent les vulnérabilités particulières des enfants. Par ailleurs, la plupart des politiques publiques de l'enfance ne tiennent pas compte des droits spécifiques des enfants dans le contexte de la migration, ce qui se traduit par des lacunes manifestes dans les cadres juridiques et politiques¹⁰. De plus, les dispositions juridiques sur l'immigration et la protection des enfants¹¹ sont parfois appliquées de manière confuse, voire contradictoire, créant des carences en termes de protection des enfants migrants, en particulier les enfants non accompagnés ou séparés, qui sont les plus vulnérables¹².

Depuis plus d'une décennie, des préoccupations à l'égard de la vulnérabilité particulière des enfants migrants ont été exprimées par les Nations Unies, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne (UE), ainsi que par des ONG, des institutions nationales de défense des droits de l'homme et des institutions universitaires. Au vu de «la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent fréquemment les travailleurs migrants et les membres de leur famille», la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1990¹³, a établi un ensemble de normes fondamentales pour la protection de ces personnes pendant tout le processus de migration, notamment en reconnaissant à tout enfant d'un travailleur migrant le droit à un nom, à l'enregistrement de sa naissance et à une nationalité (article 29), ainsi que le droit d'accès à l'éducation sur la base de l'égalité de traitement avec les citoyens de l'État d'accueil (article 30). En outre, diverses initiatives ont été prises à plusieurs niveaux afin de protéger les droits des enfants dans le contexte des migrations. Les organes de traités et les institutions spécialisées des Nations Unies, dont le Comité des droits de l'enfant (l'organe de traité chargé du suivi de la mise en œuvre de la CDE¹⁴), le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, l'UNICEF et le Haut-Commissariat pour les réfugiés (HCR), ont émis des recommandations et des lignes directrices visant à renforcer la protection des enfants migrants¹⁵. Il en va de même pour l'Assemblée parlementaire et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui, depuis 2003, ont émis plusieurs recommandations et résolutions à ce sujet¹⁶.

L'UE, qui a inscrit les droits de l'enfant dans le Traité sur l'Union européenne (à l'article 3) et divers articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (notamment à l'article 24), a

⁹ Recommandation 1703 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe concernant la protection et l'assistance pour les enfants séparés demandeurs d'asile, paragraphe 4.

¹⁰ Rapport soumis au Conseil des droits de l'homme de l'ONU par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14.05.2009, paragraphe 24.

¹¹ Les «autorités ou systèmes de protection des enfants» sont les autorités chargées de protéger les enfants contre la violence, les abus ou l'exploitation. Sont également considérées comme telles les autorités chargées de la protection des enfants, de la sécurité sociale ou des soins aux enfants.

¹² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 1.

¹³ Résolution 45/158 du 18 décembre 1990, A/RES/45/158.

¹⁴ Dans ses observations générales, en particulier l'Observation générale n° 5 sur les *Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE/GC/2003/5, 27.11.2003), l'Observation générale n° 6 sur le *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine* et l'Observation générale n° 12 sur *Le droit à la parole des enfants* (CDE/C/GC/12, 20.07.2009), ainsi que dans ses observations finales adressées aux États parties, le Comité des droits de l'enfant a donné des orientations sur les mesures à prendre pour assurer le respect des dispositions de la Convention et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁵ Citons, par exemple, les principes directeurs pour les politiques et procédures applicables aux enfants non accompagnés demandeurs d'asile, émis par le HCR en 1997; l'Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, adoptée par le Comité des droits de l'enfant en septembre 2005; le rapport sur la situation des enfants dans le contexte de la migration, émis par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, en mai 2009; et l'étude sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, achevée par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en juillet 2010. En 2004, un document inter-agences intitulé *Principes directeurs inter-agences relatifs aux enfants non accompagnés ou séparés de leur famille* a été adopté par le Comité international de la Croix-Rouge (CIRC), le HCR, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) et d'autres organisations.

¹⁶ Recommandation 1596 (2003) de l'Assemblée parlementaire relative à la situation des jeunes migrants en Europe; recommandation 1703 (2005) relative à la protection et à l'assistance pour les enfants séparés demandeurs d'asile, et résolution 1810 (2011) sur les problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe; recommandation CM/Rec(2007)9 du Comité des ministres sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés.

traité du thème des enfants non accompagnés dans son programme de Stockholm pour 2010-2014¹⁷, puis dans le plan d'action de la Commission européenne pour les mineurs non accompagnés, également conçu pour cette période¹⁸. Il a été procédé au remaniement des politiques et des cadres juridiques nationaux afin d'assurer le respect des principes fondamentaux inscrits dans la CDECDE. Malgré cela, les nombreuses études réalisées en la matière ces dernières années¹⁹ montrent que les droits des enfants migrants ne sont pas encore complètement protégés en Europe.

Les normes établies par la CDECDE se trouvent «au cœur»²⁰ de toutes les recommandations, lignes directrices et actions conçues pour protéger les enfants dans le contexte de la migration. La CDE, qui a été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1989²¹ et est le traité international sur les droits de l'homme le plus largement ratifié, est incontestablement la référence normative fondamentale en ce qui concerne les droits de l'enfant, notamment la protection des enfants dans le monde. La CDE s'applique à chaque enfant, indépendamment de sa nationalité ou de sa situation au regard de l'immigration. Il est notoire que la CDE exige que les enfants migrants soient avant tout considérés et protégés comme des enfants. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, dans son rapport de 2009, «[bien que] la Convention n'accorde pas une place particulière à la migration des enfants et ne donne pas de définition de l'enfant migrant, ses dispositions sont des plus pertinentes pour garantir une protection adéquate de tous les enfants dans toutes les circonstances et, partant, à toutes les étapes du processus de migration»²².

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 œuvre. 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. Comme l'ont fait remarquer Philip Alston et Bridget Gilmour-Walsh, «il n'y a aucun article de la Convention ni aucun droit reconnu dans ces dispositions qui ne serait pas concerné par ce principe»²³. Par définition, la reconnaissance des droits inscrits dans la CDE sert l'intérêt supérieur de l'enfant et chaque décision prise avec cet intérêt comme considération primordiale est une garantie que tous les autres droits de l'enfant seront respectés.

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». D'autres références à l'intérêt supérieur de l'enfant se retrouvent à plusieurs endroits de la CDE dans divers contextes. Par exemple, selon l'article 9, paragraphe 1, l'enfant ne peut pas être séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant; selon l'article 37, alinéa c), tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant; et, selon l'article 40, paragraphe 2, tout enfant suspecté ou accusé d'infraction au droit pénal a le droit d'être entendu en présence de ses parents ou représentants légaux, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁷ *Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, 2010/C 115/01, Journal officiel de l'Union européenne, 04.05.2010.

¹⁸ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)*, 06.05.2010, COM(2010) 213 final.

¹⁹ Voir, par exemple, l'étude publiée en mai 2010 par le Réseau européen des migrations sous le titre *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, And Numbers of, Unaccompanied Minors – An EU Comparative Study*, et les études publiées par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sous le titre *The Protection of the Rights and Special Needs of Irregular Immigrant Minors and Asylum Seeking Children* (2008) et *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne – Rapport comparatif* (2011).

²⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)*, 6.5.2010, COM(2010) 213 final, p. 2.

²¹ Résolution 44/25 du 20.11.1989, 1577 UNTS 3.

²² Paragraphe 31.

²³ Philip Alston et Bridget Gilmour-Walsh, *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, études Innocenti, UNICEF, 1996, p. 1.

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été intégré dans la législation nationale²⁴ de la plupart des États membres de l'UE – comme l'a recommandé le Comité des droits de l'enfant²⁵ – et a également été inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui s'inspire à cet égard de la CDE²⁶ 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»²⁷.

Par ailleurs, le principe de l'intérêt supérieur alimente les débats relatifs à la protection due aux enfants migrants en vertu du droit international. Par exemple, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, dans sa résolution 9/5 sur les droits de l'homme des migrants, demande aux États de protéger les droits fondamentaux des enfants migrants, en particulier de ceux qui ne sont pas accompagnés, en veillant à ce que l'intérêt supérieur des enfants soit la considération primordiale dans leur politique d'intégration, de rapatriement et de regroupement familial²⁸. Le Comité des droits de l'enfant a souligné, dans ses rapports par pays, que le rapatriement et le processus de demande d'asile devraient être examinés à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁹. Le Comité contre la torture a souligné que les enfants ne devraient être renvoyés dans leur pays d'origine que si c'était dans leur intérêt supérieur³⁰. Quant à la mission du Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, une de ses conclusions était que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être la considération primordiale dans la recherche de solutions à court et à long terme³¹. De plus, le plan d'action de la Commission européenne pour les mineurs non accompagnés s'inspire explicitement du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être intégré dans l'ensemble des actions.

Toutefois, en raison de son omniprésence, le principe de l'intérêt supérieur reste difficile à appréhender pour ceux qui doivent le mettre en pratique. Son caractère indéfini et indéterminé donnant lieu à une diversité d'interprétations et de modalités d'application, son application dans une situation donnée ne débouche pas nécessairement sur un résultat particulier et immuable³². Dans une large mesure, ce problème de manque de précision peut être résolu par une interprétation globale de la CDE. Comme l'ont souligné Alston et Gilmour-Walsh, «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»³³. 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. Là n'est cependant pas la réponse dans sa totalité. En effet, la sauvegarde appropriée de l'intérêt supérieur de l'enfant ne se limite pas à appliquer les droits énoncés dans la CDE et, de plus, la protection de certains des droits reconnus par cette Convention, comme le droit à la réunification familiale (article 9), a été rendue expressément dépendante d'une

²⁴ Comme l'ont souligné Philip Alston et Bridget Gilmour-Walsh, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, sous l'une ou l'autre forme (par exemple, le bien-être de l'enfant comme «considération primordiale»), était déjà consacré par le droit familial au niveau national dans nombre de pays à l'époque où la CDE a été adoptée. Selon les auteurs, l'émergence du principe de l'intérêt supérieur dans le droit international s'explique largement par l'existence antérieure de ce principe dans les systèmes juridiques nationaux. Philip Alston et Bridget Gilmour-Walsh, *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, études Innocenti, UNICEF, 1996, p. 3.

²⁵ *Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations*, juillet 2010, paragraphe 25.

²⁶ L'influence de la CDE est explicitement reconnue dans le document explicatif de la Charte, qui précise que l'article 24 «se fonde sur la Convention de New York sur les Droits de l'enfant» (sic). Conseil de l'Union européenne, Note du Présidium, «Texte des explications relatives au texte complet de la Charte, tel que repris au doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50», Convent 49, CHARTE 4473/00, 11.10.2008, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_fr.pdf.

²⁷ Article 24, paragraphe 1.

²⁸ Résolution 9/5 du Conseil des droits de l'homme du 24 septembre 2008, comprise dans le rapport du Conseil des droits de l'homme à sa neuvième session, A/HRC/9/28, 02.12.2008.

²⁹ Voir, par exemple, les observations finales du Comité concernant l'Autriche (CDE/C/15/Add.251, 31 mars 2005, paragraphe 48) et la France (CDE/C/FRA/CO/4, 11 juin 2009, paragraphe 86).

³⁰ Rapport du Comité contre la torture, documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, supplément n° 44, A/65/44, 2010, p. 56.

³¹ Rapport soumis par le Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, Juan Miguel Petit, Mission en Albanie, E/CN.4/2006/67/Add.2, 27.03.2006, paragraphe 121.

³² Philip Alston et Bridget Gilmour-Walsh, *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, études Innocenti, UNICEF, 1996, p. 2.

³³ Philip Alston et Bridget Gilmour-Walsh, *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, études Innocenti, UNICEF, 1996, pp. 33 et 34.

évaluation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce principe n'est donc pas une simple caisse de résonance des dispositions plus substantielles de la CDE.

Même s'il est certain que ce principe «ne peut jamais être invoqué pour remplacer l'application des divers droits substantiels reconnus dans la CDE»³⁴, ses implications précises dans des situations concrètes varient inévitablement selon une série de facteurs, ce qui rend d'autant plus importante l'identification des facteurs à prendre en compte par les décideurs au moment de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le contexte de la migration, comment un décideur est-il censé établir, par exemple, si l'intérêt supérieur de l'enfant consiste en un regroupement familial dans le pays d'origine? Des organisations internationales telles que le HCR ont élaboré plusieurs outils pour faciliter la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁵, mais cette procédure reste délicate, car une attention particulière doit être prêtée à son application pratique au niveau national dans les situations impliquant des enfants migrants.

B. LES ENFANTS MIGRANTS ET LA JURISPRUDENCE RÉGIONALE ET NATIONALE

Il est un domaine qui a été généralement négligé par les études comparatives traitant de la protection des enfants migrants en Europe et qui mérite pourtant une attention soutenue: le travail des tribunaux. Ceux-ci peuvent en effet s'avérer des sources très utiles de bonnes pratiques et d'orientations concernant l'application du principe de l'intérêt supérieur. Il est vrai que, dans la plupart des pays européens, c'est d'abord au niveau administratif que sont prises de nombreuses décisions qui affectent les droits des enfants migrants, par exemple l'octroi d'un titre de séjour, du statut de réfugié ou d'une protection complémentaire, la décision de retirer l'enfant de sa famille ou de les réunir. Par ailleurs, les enfants migrants ne sont pas toujours en mesure de faire appel de ces décisions administratives auprès des tribunaux nationaux appropriés, cela parce qu'ils n'ont pas été informés de leurs droits ou n'ont pas bénéficié des conseils ou de la représentation juridiques nécessaires. Toutefois, lorsque ces enfants sont en mesure d'interjeter appel, il est évident que les tribunaux peuvent jouer un rôle très important pour protéger et promouvoir leurs droits et leur intérêt supérieur.

Même si les traditions juridiques diffèrent entre les pays européens – la majorité applique un système de droit civil ou codifié et la minorité un système basé sur le droit coutumier ou la règle du précédent –, les divers tribunaux reconnaissent que la CDE est une obligation contraignante dans le droit international qui doit guider la jurisprudence en matière d'enfants. Les tribunaux nationaux sont donc censés faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toutes les affaires touchant les enfants. Dans ce processus, il faut s'attendre à ce que les tribunaux nationaux soient influencés par la jurisprudence des tribunaux régionaux européens – la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – en raison des obligations régionales relatives aux enfants migrants qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et du droit de l'UE. La jurisprudence de ces tribunaux régionaux, qui est acceptée par les pays européens comme faisant pour le moins autorité pour ce qui concerne les interprétations des normes internationales que les États se sont engagés à respecter, constitue donc aussi une importante source de bonnes pratiques pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans les cas individuels.

Ce qu'il importe de vérifier, c'est comment les tribunaux nationaux et régionaux appliquent le principe de l'intérêt supérieur aux situations concrètes qui impliquent des enfants migrants, en particulier des enfants en situation d'immigration irrégulière et des enfants non accompagnés ou séparés. Cette vérification nécessaire soulève deux ensembles de questions interdépendantes. D'une part, les tribunaux appliquent-ils effectivement le principe de l'intérêt supérieur lorsqu'ils statuent sur les affaires impliquant des enfants migrants? L'article 3 de la CDE est-il directement invoqué par les tribunaux pour justifier leurs arrêts? Dans l'affirmative, est-il invoqué seul ou en conjonction avec d'autres dispositions juridiques internationales ou nationales? Quel est le poids accordé à la

³⁴ Philip Alston et Bridget Gilmour-Walsh, *The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, études Innocenti, UNICEF, 1996, p. 2.

³⁵ *Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, mai 2008.

détermination de l'intérêt supérieur dans la prise des décisions finales? D'autre part, lorsque les tribunaux appliquent le principe de l'intérêt supérieur, comment s'y prennent-ils pour en déterminer le contenu? Quels facteurs les tribunaux prennent-ils en considération au moment de décider de ce qui est l'intérêt supérieur d'un enfant migrant? Quand un tribunal décide, par exemple, de confirmer une décision administrative qui consiste à renvoyer un enfant non accompagné dans son pays d'origine, comment s'assure-t-il que cette décision sert l'intérêt supérieur de l'enfant? Quelle importance les tribunaux attachent-ils aux dispositions plus substantielles de la CDE en déterminant l'intérêt supérieur de l'enfant? Le principe de l'intérêt supérieur n'est-il qu'une simple garantie procédurale ou sert-il aussi de norme substantielle? Les décisions des tribunaux sont-elles d'une quelconque façon influencées par les observations et rapports émis par le Comité des droits de l'enfant et les autres organes de traités au sujet du principe de l'intérêt supérieur?

Afin de répondre à ces questions, le Bureau régional Europe du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) a organisé un colloque judiciaire sur l'application de l'article 3 de la CDE dans les procédures qui impliquent des enfants migrants, en particulier des enfants ayant un statut d'immigration irrégulière et des enfants non accompagnés ou séparés de leurs parents. Organisé en coopération avec l'UNICEF et avec le soutien du HCR, de Save the Children, de l'ECRE et de la Cour suprême de Catalogne, ce colloque s'est déroulé à Barcelone le 8 juillet 2011 et a rassemblé des juges de tribunaux nationaux et régionaux d'Europe. Les débats du colloque ont été étayés par un document de référence dans lequel des affaires judiciaires nationales (de différents juridictions et niveaux d'appel dans différents pays) illustraient les aspects essentiels traités par les tribunaux pour prendre des décisions relatives aux enfants migrants et à la protection de leur intérêt supérieur. Ces débats s'articulaient autour des quatre aspects clés identifiés lors de l'examen de la jurisprudence réalisé pour l'élaboration du document de référence: a) procédures d'évaluation de l'âge, b) décisions concernant des solutions à long terme pour les enfants, c) accès aux services sociaux de base et exercice des droits y afférents, et d) garanties procédurales, notamment le droit des enfants à prendre part aux procédures judiciaires.

Les participants aux débats ont, par exemple, estimé que l'accent mis récemment sur la situation des enfants non accompagnés ou séparés ne devait pas inciter à sous-estimer la vulnérabilité des enfants migrants qui arrivent avec leur famille. Comme l'a fait remarquer Johannes Wedening, représentant de l'UNICEF, un grand nombre de ces enfants font l'objet d'une procédure de rapatriement, sans évaluation individuelle, à cause de la situation d'immigration ou des écarts de conduite de leurs parents. Selon Christine Martin, juge principale pour l'immigration à la Chambre d'immigration et d'asile du Service du tribunal, Angleterre et Pays de Galles, les pays européens prennent assez bien soin des enfants livrés à eux-mêmes, mais il n'en va pas de même pour les enfants qui migrent avec leur famille.

Il est ressorti des débats menés pendant le colloque qu'il existe des différences d'approche considérables entre les pays et même au sein d'un même pays, ce qui peut nuire aux droits des enfants migrants, qui risquent de tomber dans les lacunes du droit³⁶. Catherine Sultan, juge du tribunal pour enfants d'Evry, en France, a évoqué en particulier les différences dans les pratiques d'évaluation de l'âge et conclu à «la nécessité de mettre en place des réglementations et des pratiques harmonisées au niveau de l'UE et au sein de chaque État membre». Le juge Joseph Moyersoer, président de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille, a noté que les participants étaient largement d'accord avec l'idée que la plupart des lacunes identifiées dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants migrants, y compris des enfants non accompagnés, ne s'expliquaient pas par des différences de traditions juridiques mais par l'inaction par rapport à certains problèmes. Des participants ont estimé que ces lacunes pouvaient être comblées en s'inspirant les uns des autres et en échangeant les bonnes pratiques. M. Moyersoer a souligné la nécessité de faire en sorte que les juges nationaux soient dûment informés des observations finales adoptées par le Comité des droits de l'enfant, ainsi que des décisions adoptées par la CJEU et la CouEDH en la matière. Ces quelques exemples tirés des conclusions des débats montrent la pertinence des divers thèmes traités dans les chapitres de la présente étude.

³⁶ Liv Feijen, «The Challenges of Ensuring Protection to Unaccompanied and Separated Children in Composite Flows in Europe», dans *Refugee Survey Quarterly*, vol. 27, n° 4, 2009, p. 64.

C. OBJECTIFS DE L'ÉTUDE

Partant des débats menés lors du colloque judiciaire, la présente publication présente une étude comparative de l'application judiciaire de l'article 3 de la CDE par les tribunaux nationaux et régionaux en Europe. Elle a pour but de recenser les bonnes pratiques qui peuvent servir à orienter les procédures de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour qu'il y ait bonne pratique, les tribunaux doivent évaluer scrupuleusement tous les facteurs entrant en jeu et la situation particulière de chaque enfant avant de prendre une décision quant à son avenir. Cela ne signifie pas nécessairement que tout enfant se verra automatiquement accorder le droit de vivre sur le territoire du pays d'accueil³⁷, car une telle décision ne sert pas nécessairement l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être déterminé au cas par cas.

Les affaires examinées dans la présente étude proviennent d'un éventail de tribunaux aux niveaux national et régional. Elles traitent de questions variées telles que les garanties procédurales pour l'évaluation de l'âge, la cessation de la tutelle de l'État, les demandes d'asile, le regroupement familial, l'assistance à l'éducation ou au retour dans le pays d'origine de l'enfant. Ces affaires ont ceci en commun que leur *ratio decidendi* est directement lié à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, même si l'article 3 de la CDE n'est pas directement invoqué. On peut dire que certaines de ces affaires ne sont pas des exemples de bonnes pratiques, puisqu'elles rejettent la pertinence de la CDE ou interprètent mal certaines de ses dispositions fondamentales. Leur inclusion dans cette étude s'est imposée pour faire comprendre les difficultés pratiques qui continuent à s'opposer à l'application judiciaire de l'article 3 de la CDE et du principe de l'intérêt supérieur en général.

Les affaires sélectionnées reflètent les différences qui existent entre les pays européens. Ces différences peuvent souvent s'expliquer par les différentes expériences nationales dans le domaine de la migration et en particulier de la migration d'enfants. Certains pays, comme la France et le Royaume-Uni, ont une longue expérience de la gestion de flux d'immigration importants et des demandes d'asile. D'autres, tels que la Hongrie, la Pologne ou le Portugal, ne sont devenus des pays d'immigration que récemment et n'ont à traiter que de rares cas d'enfants migrants arrivant non accompagnés ou séparés à leurs frontières. Certains pays disposent de tribunaux spécialisés pour décider des questions d'immigration et d'asile (notamment la Belgique, avec le Conseil du contentieux des étrangers); dans d'autres pays, les affaires impliquant des enfants migrants sont soumises aux décisions de tribunaux administratifs communs ou des tribunaux du droit civil ou familial. Dans certains cas, la protection des droits des enfants migrants justifie l'intervention des tribunaux constitutionnels.

Selon que le système national d'immigration et d'asile est principalement administratif ou judiciaire, les affaires montrent un degré plus ou moins élevé de retenue judiciaire. Certains pays ont intégré les principes de la CDE dans leur droit national tandis que d'autres ne l'ont pas encore fait entièrement, ce qui affecte la régularité avec laquelle la Convention est invoquée dans les procédures judiciaires. De plus, certaines questions sont beaucoup plus traitées en justice dans certains pays que dans d'autres. C'est par exemple le cas de l'évaluation de l'âge, qui fait l'objet d'un traitement judiciaire intensif en Espagne et au Royaume-Uni, mais est complètement absente des procédures judiciaires en Hongrie et au Portugal, comme l'ont fait savoir au colloque judiciaire la juge Dora Virag Dudas, du tribunal municipal de Budapest, et le juge Jorge Martins Ribeiro, du tribunal de la famille et de la jeunesse du district de Braga, au Portugal. C'est également le cas de la protection des enfants placés en détention ou sous tutelle après l'âge de 18 ans, une question intensivement traitée par les tribunaux italiens.

Les affaires sont analysées dans le cadre des normes internationales, telles qu'énoncées par la CDE et d'autres instruments internationaux contraignants qui s'appliquent à la protection des droits des enfants migrants, ainsi que par d'autres instruments juridiques non contraignants, entre autres l'Observation générale n° 6 du Comité des droits de l'enfant sur le *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine* et son Observation générale n° 12 sur *le droit à la parole des enfants*.

³⁷ Nous utiliserons dans la présente étude les termes «pays d'accueil» ou «pays de destination» selon que l'accent est mis sur la situation d'enfants déjà présents sur le territoire d'un État membre de l'UE ou d'enfants arrivant à la frontière d'un État membre de l'UE.

Chapitre 1: L'article 3 de la CDE dans la jurisprudence des tribunaux régionaux et nationaux en Europe

A. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

Au niveau supranational, l'Union européenne a clairement exprimé son intention d'appliquer et de promouvoir les principes énoncés à l'article 3 de la CDE. L'article 3.5 du Traité de Lisbonne³⁸ dispose que l'Union contribue à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est devenue juridiquement contraignante³⁹ pour les États membres lors de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en décembre 2009 et, par conséquent, les droits, libertés et principes qu'elle contient ont la même force que les traités de création de l'Union européenne. L'article 24 de la Charte stipule ceci:

- «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.»

Ces engagements sont contraignants pour les institutions de l'Union européenne et les autorités des États membres de l'Union européenne lorsqu'elles mettent en œuvre le droit communautaire.

De plus, le Programme de Stockholm⁴⁰, adopté le 2 décembre 2009, a établi le développement de «la responsabilité, de la solidarité et du partenariat en matière d'immigration et d'asile» comme l'un des principaux objectifs des États membres pour la période 2010 – 2014. À son paragraphe 2.3.2, il a également explicitement énoncé ceci:

«Les droits de l'enfant – à savoir que le principe de son intérêt supérieur consiste en son droit de vivre, de survivre et de se développer, en la non-discrimination et le respect de son droit d'exprimer librement son opinion et d'être véritablement entendu sur toute question le concernant, eu égard à son âge et à son niveau de développement – tels qu'affirmés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, concernent toutes les politiques de l'Union».

Le Conseil européen a alors invité la Commission:

«à identifier les actions pour lesquelles l'Union peut apporter une valeur ajoutée, afin de protéger et de promouvoir les droits de l'enfant. Une attention spécifique devrait être accordée aux enfants en situation de particulière vulnérabilité, notamment les enfants victimes de l'exploitation et d'abus à caractère sexuel ainsi que les enfants victimes de la traite et les mineurs non accompagnés dans le contexte de la politique d'immigration de l'Union».

³⁸ Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, Journal officiel de l'Union européenne n° 83/15 C du 30.3.2010.

³⁹ Voir l'article 6.1 du Traité consolidé. L'article 6.2 dispose également que «L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales».

⁴⁰ *Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* (2010/C 115/01).

En réponse au Programme de Stockholm, la Commission européenne a élaboré un Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)⁴¹. Dans l'introduction de ce document, la Commission a déclaré placer «les normes instituées par la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant au cœur de toute action concernant les mineurs non accompagnés». Bien que non contraignante pour les États membres, cette déclaration est indicative des politiques que ces États membres ont convenu de suivre.

De récentes directives du Conseil, qui sont contraignantes pour les États membres de l'UE qui n'ont pas exercé l'option de non-participation, ont également fait référence au principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être pris en compte en décidant des mesures à adopter concernant les familles migrantes et les enfants migrants non accompagnés. Par exemple, la Directive 2003/9/CE (Directive Accueil)⁴² évoque la possibilité pour les États de rechercher les membres de la famille de l'enfant dans l'intérêt supérieur de celui-ci⁴³. En outre, la Directive 2005/85/CE (Directive Procédures)⁴⁴ dispose que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour les États membres lors de la mise en œuvre des mesures spéciales à appliquer lorsqu'une demande de statut de réfugié est introduite par un enfant non accompagné⁴⁵. De même, la Directive 2008/115/CE (Directive Retour)⁴⁶ stipule que, lorsqu'ils mettent en œuvre cette directive, les États membres tiennent dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁷ et que:

«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»⁴⁸.

De même, la Directive 2011/36/UE (Directive Traite)⁴⁹ dispose, à son article 16.2, que:

«Les États membres prennent les mesures nécessaires afin de trouver une solution durable, fondée sur une appréciation individuelle de l'intérêt supérieur de l'enfant».

Dans l'affaire C-540/03, la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne a eu à connaître d'une affaire intentée par le Parlement européen à l'encontre du Conseil de l'Union européenne, dans laquelle le Parlement affirmait qu'un sous-paragraphe de la directive 2003/86/CE⁵⁰ du Conseil ne respectait pas les droits fondamentaux conformément aux exigences du Traité sur l'UE. Dans cette affaire, le Parlement européen se fondait sur l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux et sur la CDE.

En prononçant son arrêt, la Cour a fait valoir ceci:

«Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré»⁵¹.

La Cour a ensuite déclaré ceci:

⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, SEC (2010) 534.

⁴² Directive du Conseil 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres; cette directive ne s'applique pas au Danemark ni à l'Irlande, car ces deux pays ont exercé leur option de non-participation.

⁴³ Article 19.3.

⁴⁴ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres; cette directive ne s'applique pas au Danemark, car ce pays a exercé son option de non-participation.

⁴⁵ Article 17.6.

⁴⁶ 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; cette directive ne s'applique pas au Danemark, à l'Irlande ni au Royaume-Uni, car ces pays ont exercé leur option de non-participation.

⁴⁷ Article 5.

⁴⁸ Article 10.1.

⁴⁹ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes; cette directive ne s'applique pas au Danemark, car ce pays a exercé son option de non-participation.

⁵⁰ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

⁵¹ Paragraphe 35.

«La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler que le pacte international relatif aux droits civils et politiques figure au nombre des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme dont elle tient compte pour l'application des principes généraux du droit communautaire. [Tel] est également le cas de la convention relative aux droits de l'enfant susvisée [qui], tout comme le pacte précité, lie chacun des États membres».

La Cour est arrivée à la même conclusion dans l'affaire 244/06⁵².

La CDE a également été évoquée dans six avis d'avocats généraux entre 2003 et février 2009⁵³.

En pratique, toutefois, dans un certain nombre d'affaires où la Cour a examiné les droits substantiels des enfants de familles migrantes, il s'est avéré que ces droits découlaient directement du Traité sur l'UE, des directives et règlements de l'UE, et non de la CDE en soi.

Par exemple, dans l'affaire *Baumbast*⁵⁴, la Cour a confirmé qu'un enfant qui avait commencé à suivre des cours d'enseignement pendant qu'un de ses parents exerçait son droit de libre circulation dans l'Union européenne avait le droit de rester dans l'État membre en question pour achever ses cours même si son parent ne se trouvait plus dans cet État membre. Cette position est une application des droits découlant du Traité sur l'UE et du Règlement n° 1612/68⁵⁵, qui étaient déjà contraignants pour les États membres.

Une autre ligne de jurisprudence a traité des droits des enfants migrants qui ont acquis la citoyenneté dans l'Union européenne même si leurs parents n'en ont pas fait autant. Dans l'affaire *Chen*⁵⁶, la Cour a estimé qu'une mère non citoyenne de l'UE avait le droit de rester au Royaume-Uni avec son enfant irlandaise, qui était partie vivre en Angleterre et subvenait financièrement à ses propres besoins. La Cour est arrivée à cette conclusion parce qu'elle a estimé que la seule façon pour l'enfant de rester dans le pays et d'exercer son droit de libre circulation en tant que personne subvenant à ses besoins consistait à ce que sa mère soit avec elle pour l'aider dans sa vie quotidienne. Par conséquent, ici aussi, la décision a dépendu d'une analyse des droits de libre circulation contenus dans le Traité sur l'UE et non des droits de l'enfant en vertu de la CDE.

Toutefois, dans la récente affaire *Zambrano*⁵⁷, un lien indirect a été établi avec l'article 3 de la CDE. Dans cette affaire, des parents colombiens étaient exposés à une décision d'expulsion de la Belgique alors que, dans le même temps, leurs enfants avaient acquis la nationalité belge et par conséquent le droit de rester dans ce pays. Selon l'argumentation employée, refuser de reconnaître que les parents ressortissants d'un pays hors UE avaient acquis un droit dérivé de séjourner dans l'UE revenait à violer le Traité sur l'Union européenne et, entre autres dispositions, l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux, qui elle-même évoque directement l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a estimé que «depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la charte a acquis le statut de droit primaire»⁵⁸. Elle a également déclaré que «la décision des autorités belges d'ordonner à M. Ruiz Zambrano de quitter la Belgique, suivie de leur refus continu de lui accorder une autorisation de séjour, constitue une violation potentielle du droit fondamental de ses enfants à la vie familiale et à la protection de leurs droits en tant qu'enfants».

B. LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES ET L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

Tous les États membres de l'Union européenne ont signé et ratifié la CEDH, dont l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) en particulier accorde à tout enfant se trouvant sur le territoire de

⁵² Dynamic Medien Vertiebs GmbH contre Avides Media AG.

⁵³ *Governance Fit for Children: To what extent have the general measure of implementation of the UNCDE been realised in EU institutions?*, Save the Children Suède, 2011.

⁵⁴ Affaire C 413/99, *Baumbast*.

⁵⁵ *Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté*.

⁵⁶ Affaire C-200/02.

⁵⁷ Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (CJUE) C-34/09.

⁵⁸ Paragraphe 61.

l'Union européenne le droit limité de continuer à y jouir de sa vie privée et familiale.

Dans les affaires dont la CouEDH a eu à connaître, plusieurs ont vu l'examen du contenu de l'article 8 de la CEDH dans le contexte d'une proposition d'expulsion ou de transfert d'enfants migrants soit seuls, soit comme membres d'une famille qui séjournait dans un État membre depuis un certain nombre d'années. La présence de ces enfants et l'effet sur leur vie d'une expulsion ou d'un éloignement ont été des facteurs importants à prendre en compte pour décider si l'éloignement ou l'expulsion de l'enfant ou de la famille dont il est membre était une mesure proportionnée si celle-ci donnait lieu à une atteinte à sa vie familiale ou privée. Dans ces affaires, il a également été tenu compte de l'effet de l'article 3 de la CDE au moment de déterminer si une atteinte à l'article 8 pouvait être considérée comme une mesure proportionnée aux fins de l'article 8.2.

Par exemple, dans l'affaire *Üner contre Pays-Bas*⁵⁹, la CouEDH a examiné le cas d'un ressortissant turc qui, à l'âge de 12 ans, avait émigré aux Pays-Bas, où il avait reçu un permis de séjour permanent. Par la suite, M. Üner a été condamné à sept ans d'emprisonnement, son titre de séjour lui a été retiré et une mesure d'interdiction du territoire lui a été imposée pour une période de dix ans. À ce moment, il avait deux fils, tous deux citoyens néerlandais. Après avoir déterminé si la mesure d'expulsion des Pays-Bas était proportionnée en vertu de l'article 8.2 de la CEDH, la Cour a jugé approprié d'adopter les critères utilisés antérieurement dans l'affaire *Boultif*⁶⁰. Ces critères consistaient, entre autres, à déterminer si des enfants étaient présents dans la famille et, dans l'affirmative, quel était leur âge. Dans l'affaire *Üner*, la Cour a fait explicitement référence à deux autres critères, qui étaient peut-être implicites dans l'affaire *Boultif*. Parmi ces critères, il y avait «l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé»⁶¹.

Dans l'affaire *Maslov contre Autriche*⁶², la Cour s'est également fondée sur l'article 3 de la CDE⁶³, car la personne à expulser était un enfant à l'époque où elle avait commis les délits en question. En particulier, la Cour a estimé que «lorsque des délits commis par un mineur sont à la base d'un ordre d'expulsion, il faut dûment prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant»⁶⁴.

Dans ces affaires, la Cour a fait appel à la CDE pour analyser l'application correcte de l'article 8 et, dans l'affaire *Neulinger et Shuruk contre Suisse*, elle a expliqué ceci:

«La [CEDH] ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international. Il convient en effet, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties», en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme»⁶⁵.

Le contenu du concept de l'«intérêt supérieur de l'enfant» a également été examiné dans cette affaire, la Cour ayant fait remarquer ceci:

«Il ne ressort ni des travaux préparatoires à cette convention ni de la pratique du Comité des droits de l'enfant des propositions de définition ou de critères d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, en général ou par rapport à des circonstances particulières. L'un comme l'autre se sont limités à dire que toutes les valeurs et tous les principes de la convention devaient être appliqués à chaque cas particulier (voir le Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant (*Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*), p. 37, UNICEF 1998, sous la direction de Rachel Hodgkin et Peter Newell). De plus, le Comité a souligné à plusieurs reprises que la convention devait être comprise comme un tout et interprétée en tenant compte de la relation entre les différents articles, de manière toujours conforme à l'esprit de cet instrument, et en mettant l'accent sur l'enfant en tant qu'individu doté de droits civils et

⁵⁹ Requête n° 46410/99, Strasbourg, 18 octobre 2006.

⁶⁰ Requête n° 54273/00, Strasbourg, 2 août 2001.

⁶¹ Cette analyse a également été adoptée par la Cour dans l'affaire *Neulinger & Shuruk contre Suisse*, requête n° 41615/07, Strasbourg, 6 juillet 2010.

⁶² Requête n° 1638/03, Strasbourg, 23 juin 2008.

⁶³ Paragraphe 36.

⁶⁴ Paragraphe 82.

⁶⁵ Affaire *Neulinger et Shuruk contre Suisse* (requête n° 41615.07, paragraphe 131).

politiques nourrissant ses propres sentiments et opinions (*ibid.*, p. 40).»⁶⁶.

La Cour a également rappelé ceci:

«Selon les "lignes directrices du Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR) relatives à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant", «l'expression "intérêt supérieur" renvoie de manière générale au bien-être de l'enfant, qui dépend de différentes circonstances telles que son âge et sa maturité, la présence ou l'absence de ses parents, l'environnement dans lequel il vit et son histoire personnelle». (HCR, Principes directeurs relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, mai 2008)».

Au paragraphe 134, la Cour a ensuite rappelé que «l'intérêt supérieur de l'enfant devait constituer la considération déterminante».

La façon dont l'article 3 de la CDE peut influencer une décision de la CouEDH sur l'application de l'article 8 de la CEDH est illustrée par les affaires suivantes.

Par exemple, dans l'affaire *Rodrigues da Silva, Hoogkamer contre Pays-Bas*⁶⁷, la Cour a évoqué directement l'intérêt supérieur de la famille en rapport avec l'article 8.2. La garde de l'enfant concernée était partagée entre la famille de son père, qui résidait aux Pays-Bas, et sa mère, confrontée à un ordre d'expulsion. En particulier, au paragraphe 44 de son arrêt, la Cour a estimé ceci:

«eu égard aux lourdes conséquences qu'une expulsion aurait sur les responsabilités qui pèsent sur la première requérante en sa qualité de mère, ainsi que sur sa vie familiale avec sa fille, et vu que l'intérêt supérieur de Rachael est clairement que sa [mère] reste aux Pays-Bas, la Cour estime que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le bien-être économique du pays ne l'emporte pas sur les droits découlant pour les requérantes de l'article 8, nonobstant le fait que la première requérante résidait illégalement aux Pays-Bas à l'époque de la naissance de Rachael».

Une référence à cette affaire a été faite dans l'affaire plus récente *Nunez contre Norvège* (requête n° 55597/09)⁶⁸, où la Cour a explicitement appliqué la CDE.

Cette affaire portait sur la possible expulsion d'une mère qui était ressortissante dominicaine de Norvège, et sur le fait que cette expulsion serait assortie d'une interdiction de séjour en Norvège pour au moins deux ans, voire de façon permanente. Entre-temps, la responsabilité parentale exclusive des deux enfants de M^{me} Nunez avait été accordée à leur père, qui avait un permis de séjour en Norvège.

La CouEDH a considéré l'article 3 de la CDE comme faisant partie intégrante de son raisonnement lorsqu'elle a examiné la proportionnalité aux fins de l'article 8.2. Au paragraphe 84, elle a estimé ceci:

«Eu égard à toutes les considérations ci-dessus, notamment les liens étroits et de longue durée entre les enfants et leur mère, la décision prise dans la procédure de détention, les perturbations et le stress déjà subis par les enfants, et le long laps de temps écoulé avant que les autorités d'immigration aient décidé d'imposer à la requérante un ordre d'expulsion assorti d'une interdiction de retour en Norvège, la Cour n'est pas convaincue, dans les circonstances concrètes et exceptionnelles de l'affaire, qu'une importance suffisante ait été accordée à l'intérêt supérieur des enfants aux fins de l'article 8 de la Convention. Dans ce contexte, il est également fait référence à l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou..... La Cour n'est par conséquent pas convaincue que les autorités de l'État répondant ont agi dans leur marge d'appréciation quand elles ont cherché à atteindre un juste équilibre entre, d'une part, leur intérêt public inspiré par l'efficacité du contrôle de l'immigration et, d'autre part, l'intérêt de la requérante à être autorisée à rester en Norvège afin de maintenir sa relation avec ses enfants dans leur

⁶⁶ Paragraphe 51 de l'arrêt.

⁶⁷ (2007) 22 EHRR 93.

⁶⁸ Arrêt du 28 juin 2011, Strasbourg.

intérêt supérieur».

Dans un arrêt rendu récemment par la Chambre dans l'affaire *Osman contre Danemark* (requête n° 38058/09), la CouEDH a également décidé à l'unanimité que les droits d'une enfant en vertu de l'article 8 avaient été violés lorsque le Danemark a refusé de renouveler le permis de séjour de cette enfant. Celle-ci avait été envoyée au Kenya pour y aider sa grand-mère. Pendant son absence, qui a duré deux ans, la loi a été modifiée, à la suite de quoi l'enfant n'a plus été autorisée à revenir au Danemark, alors qu'elle avait précédemment un permis de séjour dans ce pays. La Cour a estimé que les autorités n'avaient pas pris en compte les intérêts de l'enfant lorsqu'elles ont refusé le renouvellement de son permis de séjour.

Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga contre Belgique*, une enfant de cinq ans de la République démocratique du Congo est arrivée à l'aéroport de Bruxelles National avec son oncle maternel, ressortissant néerlandais. Ce dernier souhaitait aider sa nièce à rejoindre sa mère au Canada, où elle avait introduit une demande d'asile. Les autorités belges lui ont refusé l'entrée sur le territoire belge et l'ont placée en détention dans le Centre de transit n° 127, aux côtés d'adultes dans un environnement sécurisé. La Cour a décidé que cet acte donnait lieu à des violations de l'article 3 de la CEDH. Elle a également pris en compte l'article 3 (ainsi que les articles 10, 22 et 27) de la CDE et estimé ceci:

«D'autres mesures paraissant conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la Convention sur les droits de l'enfant étaient en effet envisageables, comme le placement en centre spécialisé ou en famille d'accueil».

La Cour a également jugé que, «étant donné que la seconde requérante était une mineure étrangère non accompagnée, l'État belge avait pour obligation de faciliter la réunification familiale».

C. LE DROIT NATIONAL ET L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

Tous les États européens ont signé et ratifié la CDE, dont l'article 4 les oblige à prendre «toutes les mesures législatives, administratives et autres» pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la Convention. Les États ont satisfait à cette exigence de façons très variées, dont le présent chapitre présente quelques exemples.

Au paragraphe 20 de son Observation générale n° 5⁶⁹, le Comité des droits de l'enfant fait savoir qu'il:

«se félicite de l'incorporation au droit interne qui constitue la méthode traditionnelle de mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans certains États mais pas dans tous. L'incorporation devrait signifier que les dispositions de la Convention peuvent être directement invoquées devant les tribunaux et appliquées par les autorités nationales et que c'est la Convention qui prime en cas de conflit avec la législation nationale ou la pratique courante».

Ce n'est pas la voie généralement suivie en Europe. Par exemple, en Italie, la CDE fait bien partie du droit national et prime en cas de conflit avec la législation. Ses dispositions ont été appliquées par la Cour suprême et la Cour constitutionnelle de l'Italie à plusieurs occasions⁷⁰. Il en va de même au Portugal. En particulier, la Cour constitutionnelle de ce pays a donné force de principe constitutionnel à l'article 3 de la CDE⁷¹. La Suède n'a pas incorporé la CDE; les traités ne font pas partie du droit national, à moins d'y être incorporés par une loi du Parlement. Néanmoins, l'un des principes

⁶⁹ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 5 sur les mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant*.

⁷⁰ *Law Reform and the Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, décembre 2007, p. 7.

⁷¹ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant l'Italie, CDE/C/15/Add.198, 18.03.2006, paragraphe 23.

généraux du droit suédois veut que la législation soit interprétée à la lumière des obligations internationales⁷².

Au paragraphe 21 de son Observation générale n° 5, le Comité des droits de l'enfant «se félicite de l'incorporation dans les constitutions nationales de sections consacrées aux droits de l'enfant qui sont l'expression des principes clefs de la Convention, démarche qui contribue à faire ressortir le message principal de la Convention selon lequel les enfants sont, comme les adultes, détenteurs de droits fondamentaux». L'article 22 bis de la Constitution belge, adopté en 2000, reconnaît «à chaque enfant le droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle»; l'article 76.3 de la Constitution islandaise, adopté en 1995 dans le cadre de la nouvelle charte des droits, reconnaît l'obligation programmatique générale de l'État de protéger le bien-être des enfants⁷³. Selon l'article 69.1 de la Constitution portugaise, les enfants ont le droit de bénéficier d'une protection spéciale de la société et de l'État, en particulier contre toutes les formes d'abandon, de discrimination et d'oppression, mais aussi contre l'exercice abusif de l'autorité au sein de la famille ou d'autres institutions.

Dans des pays qui, comme le Royaume-Uni, n'ont pas de Constitution écrite, cette incorporation est évidemment impossible telle quelle. Il faut alors promulguer une loi spécifique, comme cela a été le cas lorsque le Royaume-Uni a promulgué sa Loi de 1998 sur les droits de l'homme afin d'incorporer la majorité des dispositions de la CEDH. Le pays n'a cependant pas choisi de faire de même avec la CDE. Comme pour la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, il s'est reposé sur le fait qu'il avait transmis des directives politiques à ses fonctionnaires pour les informer des obligations découlant de chaque convention⁷⁴. Cela signifie que lorsque cette politique n'est pas respectée, le recours consiste à demander une révision judiciaire des actes du département concerné et à solliciter de la *High Court* qu'elle casse la décision n'ayant pas tenu compte de cette politique et qu'une nouvelle décision légale soit élaborée.

Toutefois, étant donné que le Royaume-Uni est aussi une juridiction de droit coutumier, son pouvoir judiciaire a également la possibilité d'élaborer des lois au moyen de décisions, ce qu'il fait dans des «tribunaux d'archives» individuels⁷⁵. C'est ce qui s'est passé avec la *Supreme Court* dans l'affaire *ZH (Tanzania) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 4. Lady Hale, rendant l'arrêt pour la Cour, a fait remarquer que l'article 3 de la CDE était «une obligation contraignante en droit international» et également que «l'esprit, si pas l'énoncé précis [de l'article 3 avait] aussi été traduit dans le ... droit national». Elle a atteint cette conclusion parce que la section 11 de la Loi de 2004 sur les enfants et la section 55 de la Loi de 2009 sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration avaient imposé à une série d'organismes publics l'obligation d'exercer leurs fonctions en tenant compte de la nécessité de sauvegarder et promouvoir le bien-être des enfants⁷⁶.

Toutefois, même les États dotés d'une Constitution n'ont pas nécessairement modifié celle-ci en fonction de la CDE. Par exemple, en Allemagne, pays doté d'une Constitution, la tradition juridique établie par sa Cour constitutionnelle veut que la Constitution soit interprétée à la lumière de toute obligation découlant des conventions internationales en matière de droits de l'homme. Elle considère donc la CDE comme un outil qui permet d'interpréter le contenu et la portée des droits fondamentaux et de la norme de droit établis par la Constitution. Par conséquent, les droits codifiés dans la CDE ne sont pas seulement décisifs lorsqu'ils sont appliqués directement dans des affaires individuelles, ils peuvent aussi être exprimés dans l'application et l'interprétation générales du droit national⁷⁷. La présente étude n'inclut pas d'exemples d'application de cette approche, car l'Allemagne n'a retiré ses réserves à l'égard de la CDE⁷⁸ qu'en 2010 et, par conséquent, ses tribunaux de niveau supérieur

⁷² *Law Reform and the Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, décembre 2007, p. 7.

⁷³ *Law Reform and the Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, décembre 2007, p. 15.

⁷⁴ Voir, par exemple, *Processing an Asylum Application from a Child*, Asylum Process Guidance, UK Border Agency.

⁷⁵ Il s'agit de la *Supreme Court*, de la *Court of Appeal*, de la *High Court* et, à certaines fins, de l'*Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)*.

⁷⁶ On pourrait argumenter que l'obligation de prendre en compte la nécessité de sauvegarder et promouvoir le bien-être des enfants n'est pas aussi large que l'article 3 mais, aux fins du droit britannique, cette partie de la CDE a au moins été incorporée au travers de la jurisprudence.

⁷⁷ Hendrik Cremer, *Die UN-Kinderrechts-konvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte*, Deutsches Institut für Menschenrechte (Institut allemand des droits de l'homme), juin 2011.

⁷⁸ Selon ces réserves antérieures, «rien dans la Convention ne peut être interprété comme impliquant que l'entrée illégale ou le séjour illégal d'un étranger sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne est autorisé; de même, aucune disposition ne peut être interprétée comme signifiant qu'elle restreint le droit de la République fédérale d'Allemagne d'adopter des lois et

n'ont pas encore eu à connaître d'affaires relatives aux sujets en question. En France, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont convenu que les dispositions à mise en œuvre automatique de la CDE peuvent être appliquées directement par les tribunaux⁷⁹. La jurisprudence évoquée ci-dessous montre que c'est le cas par rapport à l'article 3 de la CDE.

Dans certains États, la législation nationale sur l'immigration ou la protection de l'enfant a été modifiée à la lumière de la CDE, plus précisément afin d'incorporer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant contenu à l'article 3. En Hongrie, par exemple, ce principe est évoqué explicitement dans la Loi sur l'asile, selon laquelle «l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale lors de la mise en œuvre des dispositions de la présente Loi». Toutefois, dans le même temps, le Comité des droits de l'enfant a noté que, même si cette exigence figure régulièrement dans le droit, elle n'est pas toujours respectée en pratique, en particulier dans le cas des enfants appartenant à des groupes vulnérables, tels que les enfants réfugiés ou demandeurs d'asile⁸⁰.

On peut aussi constater des divergences d'interprétation des différents articles de la CDE au sein d'un même pays européen. Ainsi, l'Allemagne, qui a signé et ratifié la CDE, reconnaît être liée par son article 37 pour ce qui est de la détention des enfants non accompagnés ou séparés. Toutefois, en pratique, la loi actuelle présente des différences considérables entre les länders. Dans certains länders, les enfants de moins de 16 ans ne sont pas placés en détention, tandis que dans d'autres, des enfants entre 14 et 16 ans le sont. Par ailleurs, il y a des länders dans lesquels les enfants non accompagnés ne sont jamais ou presque jamais placés en détention⁸¹.

règlements concernant l'entrée des étrangers et les conditions de leur séjour ou d'établir une distinction entre les ressortissants allemands et les étrangers».

⁷⁹ *Law Reform and the Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, décembre 2007, p. 7.

⁸⁰ Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Hongrie: CDE/C/HUN/CO/2, 17 mars 2006.

⁸¹ Hendrik Cremer, *Abschiebungshaft und Menschenrechte*, Deutsche Institute fuer Menschenrechte (Institut allemand des droits de l'homme), 2011.

Chapitre 2: Application de l'article 3 de la CDE dans les procédures d'évaluation de l'âge

Le problème de la détermination de l'âge a pris beaucoup d'ampleur depuis la récente augmentation des arrivées dans les pays européens d'enfants non accompagnés et sans papiers, pour la plupart des garçons d'une quinzaine d'années. Ces enfants sont souvent considérés avec suspicion par les fonctionnaires, qui doutent de l'âge annoncé et lancent des procédures d'évaluation de l'âge, qui peuvent comporter une vérification des documents d'identité, un entretien ou des examens médicaux (par exemple une tomographie par résonance magnétique, un examen osseux et dentaire ou un test radiologique) ou une combinaison de ces éléments de procédure⁸².

Les procédures d'évaluation de l'âge posent des problèmes pour plusieurs raisons et compromettent souvent l'exercice des droits. Les examens médicaux peuvent enfreindre le droit à la vie privée de l'enfant et nuire à sa santé, en particulier s'ils comportent des tests radiologiques⁸³. De plus, les méthodes médicales d'évaluation, par exemple les analyses des os et de la dentition, manquent de précision et comportent une marge d'erreur d'au moins deux ans dans chaque sens⁸⁴. Quant aux entretiens, ils sont parfois menés par des fonctionnaires non formés en la matière⁸⁵, sans tenir compte des sensibilités culturelles et sans garanties procédurales adéquates. Il y a donc un risque important de prendre par erreur un enfant pour un adulte. Cela suscite de vives préoccupations, dans la mesure où les enfants pris par erreur pour des adultes sont privés de la protection spéciale à laquelle ils peuvent prétendre en tant qu'enfants en vertu de la CDE et d'autres instruments juridiques internationaux et nationaux, notamment l'accès à une protection spéciale, à l'éducation, et la prise en considération pour un titre de séjour permanent ou temporaire en tant qu'enfant. Il arrive que des enfants soient placés dans un centre de détention pour adultes, en violation de l'article 37 de la CDE. De même, le fait de décider qu'une personne est adulte exclut la prise en considération de toute forme de persécution de l'enfant et peut influencer très négativement l'évaluation globale de la crédibilité de la version donnée par cette personne des circonstances passées.

Dans son Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, le Comité des droits de l'enfant a indiqué que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être un principe directeur dans la détermination du degré de priorité des besoins en matière de protection de ces enfants. À cet effet, il faut suivre un processus initial d'évaluation qui comporte, entre autres, une évaluation de l'âge qui doit être menée «scientifiquement, dans le souci de la sécurité de l'enfant, de manière adaptée à son statut d'enfant et à son sexe et équitablement, afin de prévenir tout risque de violation de l'intégrité physique de l'enfant», avec tout le respect dû à la dignité humaine et en se fondant non seulement sur l'apparence physique de l'individu mais aussi sur son degré de maturité psychologique. En cas d'incertitude persistante, «le bénéfice du doute doit être accordé à l'intéressé – qu'il convient de traiter comme un enfant si la possibilité existe qu'il s'agisse effectivement d'un mineur»⁸⁶.

Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme y a ajouté les exigences suivantes: l'évaluation de l'âge ne devrait intervenir «qu'en dernier recours» si l'âge de l'intéressé est contesté, l'intéressé doit être informé, dans un langage qui lui soit compréhensible, de la procédure et de ses conséquences possibles, le consentement motivé de l'intéressé doit être recherché, et l'intéressé doit

⁸² Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne*, rapport comparatif, 2011, p. 53.

⁸³ Terry Smith et Laura Brownlees, *Age Assessment Practices: A Literature Review & Annotated Bibliography*, New York, UNICEF, 2011, pp. 27-28.

⁸⁴ Terry Smith et Laura Brownlees, *Age Assessment Practices: A Literature Review & Annotated Bibliography*, New York, UNICEF, 2011, p. 15. Voir aussi l'*Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations*, juillet 2010, paragraphe 42.

⁸⁵ Terry Smith et Laura Brownlees, *Age Assessment Practices: A Literature Review & Annotated Bibliography*, New York, UNICEF, 2011, pp. 34-35.

⁸⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 31.

être protégé contre toute exclusion tant que son âge n'a pas été évalué. Il a également précisé qu'idéalement, l'âge devrait être évalué par une commission d'experts indépendants et que l'intéressé devrait pouvoir former un recours effectif contre la décision⁸⁷.

De même, dans sa Résolution 1810 (2011), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a établi que «la détermination de l'âge devrait être uniquement entreprise en cas de doutes raisonnables sur le fait que la personne est mineure. Cette démarche devrait être fondée sur la présomption de minorité par une autorité indépendante, qui procédera dans un certain délai à une évaluation multidisciplinaire; elle ne peut reposer uniquement sur un avis médical. Les examens ne devraient être réalisés qu'avec l'accord de l'enfant ou de son tuteur. Ils ne devraient pas être intrusifs ou contraires aux règles d'éthique médicale, et la marge d'erreur des examens médicaux et autres devrait être clairement indiquée et prise en compte. Si la minorité de l'intéressé reste incertaine, celui-ci devrait avoir le bénéfice du doute. Les décisions liées à l'évaluation devraient être susceptibles de recours administratifs ou judiciaires»⁸⁸.

A. LES DIFFÉRENTES APPROCHES DE L'ÉVALUATION DE L'ÂGE EN EUROPE

Il n'existe pas d'approche commune de l'évaluation de l'âge entre les pays européens. Certains pays ont intégré l'évaluation de l'âge dans les pratiques standard, même quand il n'y a aucun doute⁸⁹, tandis que d'autres effectuent l'évaluation de l'âge uniquement si la personne prétendant être un enfant n'a pas de documents d'identité ou présente des documents non fiables (Belgique, Espagne). Certains combinent diverses techniques pour évaluer l'âge (France, Belgique), tandis que d'autres s'appuient uniquement sur les résultats d'examens médicaux (Portugal) ou surtout sur les entretiens menés par les travailleurs sociaux (Royaume-Uni, Irlande)⁹⁰. La plupart des pays exigent le consentement éclairé de l'individu avant d'effectuer des examens médicaux pour la détermination de l'âge. Toutefois, dans certains pays (Finlande, Allemagne), le refus de se soumettre à de tels examens sans raison valable entraîne pour le demandeur d'être traité comme un adulte⁹¹. Très peu de pays, comme le Portugal ou la Lettonie, confient l'évaluation de l'âge à des organismes indépendants ou, comme le Royaume-Uni, l'Irlande ou les Pays-Bas, offrent le droit de faire appel d'une décision d'évaluation de l'âge⁹². Par ailleurs, des différences considérables existent entre les pays européens en ce qui concerne les exigences techniques et la qualité des méthodes d'évaluation de l'âge appliquées⁹³.

Des incohérences existent même au sein des pays, comme l'a fait observer la juge Catherine Sultan pendant le colloque judiciaire. En France, l'enfant est traité différemment selon qu'il est présenté devant un tribunal civil ou pénal. S'il est présenté devant un tribunal civil, l'enfant a le bénéfice du

⁸⁷ *Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations*, juillet 2010, paragraphe 44.

⁸⁸ Résolution 1810 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, paragraphe 5.10.

⁸⁹ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 32.

⁹⁰ Réseau européen des migrations, *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, And Numbers of, Unaccompanied Minors – An EU Comparative Study*, mai 2010, p. 76. Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population du Conseil de l'Europe, fait remarquer que certains pays, bien qu'ils aient adopté une combinaison de méthodes, ont tendance à s'appuyer quasi exclusivement sur les examens médicaux. Exposé des motifs du Rapport *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 32.

⁹¹ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 33.

⁹² Réseau européen des migrations, *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, And Numbers of, Unaccompanied Minors – An EU Comparative Study*, mai 2010, pp. 77 et suiv.

⁹³ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 32.

doute et sa parole est déterminante. En revanche, s'il est présenté devant un tribunal pénal, il n'a pas le bénéfice du doute et sa déclaration quant à son état de mineur d'âge n'est pas prise en compte si un examen médical ou des preuves documentaires indiquent le contraire. Cette situation débouche sur une incertitude juridique pour l'enfant et sur le non-respect de son intérêt supérieur. À l'intérieur des pays, une grande partie des différences de pratiques résultent des vues divergentes sur les méthodes d'évaluation de l'âge que peuvent avoir diverses autorités nationales chargées d'appliquer les lois sur l'immigration, le bien-être des enfants, l'éducation ou les soins de santé pour les enfants migrants. Par ailleurs, comme l'a souligné Almudena Olaguibel, Child Rights Officer chez UNICEF Espagne lors du colloque judiciaire, les différences considérables entre le langage médical et le langage juridique mènent inévitablement à des différences d'approche de l'évaluation de l'âge.

Toujours pendant le colloque judiciaire, un large consensus a été dégagé lors des débats sur la nécessité d'harmoniser les réglementations et pratiques relatives à l'évaluation de l'âge au niveau de l'UE et au sein des pays européens. Pour Francisco Ortiz, représentant du HCR Espagne, «il est nécessaire d'élaborer des recommandations sur une procédure commune à l'échelon européen basée sur une combinaison de systèmes». Cette position rejoint la récente recommandation du Groupe de travail sur les enfants non accompagnés et séparés du Bureau pour l'Europe du HCR visant à élaborer des normes minimales sur les garanties à respecter dans les procédures d'évaluation de l'âge, ainsi que le projet de l'UE, dans le cadre du Plan d'action pour les mineurs non accompagnés, consistant à publier des lignes directrices relatives aux meilleures pratiques, en collaboration avec des scientifiques et des juristes experts ainsi qu'avec le Bureau européen d'appui en matière d'asile⁹⁴.

Pour ce qui est du contenu de ces normes communes, les participants au colloque judiciaire s'accordaient à dire que les procédures d'évaluation de l'âge devraient combiner diverses méthodes, notamment des examens médicaux et des tests sociaux et psychologiques. Comme l'a résumé Jan Jarab, représentant régional du HCR Espagne: «Les méthodes médicales et sociales de détermination de l'âge devraient se compléter, car aucune d'entre elles ne peut garantir une certitude absolue. Dès qu'il y a contradiction entre les évaluations médicale et sociale, la personne devrait toujours avoir le bénéfice du doute».

Un accent particulier a été placé sur la nécessité d'offrir un droit de recours contre les décisions d'évaluation de l'âge ou un droit de révision judiciaire de ces décisions. Maria Luisa Cava de Llano, médiateur espagnol, s'est dite préoccupée par le «manque de possibilités de recourir contre les résultats et de demander des examens complémentaires». Le juge Jose Luis De Castro, de l'*Audiencia Nacional* espagnole, a souligné qu'il «était impératif de mettre en place une possibilité de recourir contre les décisions dans les cas d'évaluation de l'âge». De l'avis des participants au colloque judiciaire, des conflits d'intérêts surgissent parfois pendant les procédures d'évaluation de l'âge, car, dans de nombreux pays, l'organisme qui requiert cette évaluation et qui la supervise est également celui qui sera chargé de placer sous tutelle la personne et de prendre soin d'elle si l'évaluation permet de déterminer qu'elle est mineure. C'est le cas, par exemple, en Italie, comme en a fait état le juge Joseph Moyersoen, qui a plaidé pour la nécessité de déterminer clairement qui devrait avoir la responsabilité de lancer les procédures d'évaluation de l'âge et qui devrait avoir la charge d'exécuter ces procédures. Pour Marc Dallemagne, juge au tribunal du travail de Bruxelles, l'évaluation de l'âge, qu'elle consiste en des examens médicaux ou des entretiens, devrait être confiée à une commission ou à un organisme indépendant.

B. JURISPRUDENCE NATIONALE

Sauf dans les cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, il n'est habituellement pas demandé aux tribunaux nationaux de passer en revue les décisions administratives qui déterminent l'âge de personnes ou

⁹⁴ Cette même recommandation a aussi été émise par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, dans son exposé des motifs des *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 36.

approuvent les évaluations de l'âge réalisées par une commission d'experts. La révision judiciaire concerne le plus souvent les décisions administratives qui, en déterminant qu'une personne est d'âge adulte, entraînent le rejet ou le retrait d'une tutelle de l'État ou le rejet d'une demande d'asile conformément aux règles communes appliquées aux adultes demandeurs d'asile.

Une préoccupation fréquemment évoquée en examinant la jurisprudence en la matière a trait aux exigences et garanties procédurales qui entourent les entretiens ou examens médicaux d'évaluation de l'âge. Dans la plupart des cas, les tribunaux rejettent les évaluations fondées uniquement sur des examens médicaux, car ils les jugent imprécises et peu concluantes. Toutefois, même si dans certaines affaires l'imprécision de ces examens médicaux bénéficie au requérant, dans d'autres affaires elle peut tourner au désavantage du demandeur, comme au Royaume-Uni. De même, comme l'a fait observer Jan Jarab, représentant régional du HCNVDH, au colloque judiciaire «dans certains pays, le personnel médical est plus enclin à indiquer que la personne a plus de 18 ans, alors que les services sociaux ont tendance à prétendre que cette même personne est un enfant. Dans d'autres pays, c'est le contraire qui se passe».

1. Autriche

En Autriche, les évaluations de l'âge sont effectuées par le Sénat fédéral indépendant pour l'asile (*Unabhängigen Bundesasylsenates*) ou par la Police des étrangers (*Fremdenpolizei*), selon que la personne dont l'âge est contesté est demandeuse d'asile ou non. Aux termes de la Loi sur la Police des étrangers, celle-ci peut consulter un médecin de la santé publique pour réaliser l'évaluation de l'âge, mais elle n'y est pas obligée. Aucune disposition sur les procédures d'évaluation de l'âge n'a été incluse dans la Loi de 2005 sur l'asile, qui est actuellement en cours de révision. En pratique, les évaluations de l'âge reposent habituellement sur l'avis d'un expert qui combine au moins deux méthodes: examen par un médecin et analyse de la dentition ou tomographie par résonance magnétique de la clavicule et du carpe⁹⁵. L'Autriche a récemment cessé la pratique des radiographies osseuses, mais une radiographie des os du carpe d'un migrant peut être réalisée à la demande et aux frais de celui-ci⁹⁶. Si l'âge de la personne ne peut être déterminé avec exactitude, le bénéfice du doute lui est accordé⁹⁷.

Ces dernières années, en l'absence de dispositions spécifiques dans la législation en la matière, les critères d'évaluation de l'âge d'une personne ont été établis par la Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) et la Cour pour l'asile (*Asylgerichtshof*). Les affaires principales sur ce thème concernent le niveau d'expertise requis des personnes qui effectuent l'évaluation de l'âge et le degré de précision que l'on attend des rapports d'experts pour qu'ils soient jugés concluants pour une matière si sensible. Si les rapports d'experts ne sont pas concluants, le bénéfice du doute doit être accordé à la personne dont l'âge est contesté. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas invoqué comme motif des décisions.

Arrêt n° 2005/01/0463 de la Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) du 16.04.2007

La Cour administrative a jugé illégal le fait de fonder l'évaluation de l'âge uniquement sur les impressions des fonctionnaires du *Sénat pour l'asile*. Elle a déclaré que l'évaluation de l'âge devait être réalisée par des personnes possédant des qualifications professionnelles spécifiques (de préférence médicales) et ne pouvait reposer uniquement sur l'impression donnée par l'aspect physique du demandeur, mais devait aussi prendre en compte son attitude pendant les entretiens ainsi que d'autres faits objectifs, par exemple des contradictions flagrantes dans les souvenirs d'événements personnels évoqués par le demandeur. La Cour a donc annulé un arrêt du *Sénat pour*

⁹⁵ Rapport sur l'Autriche pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 27 et 28.

⁹⁶ Terry Smith et Laura Brownlees, *Age Assessment Practices: A Literature Review & Annotated Bibliography*, New York, UNICEF, 2011, pp. 18.

⁹⁷ Réseau européen des migrations, *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, And Numbers of, Unaccompanied Minors – An EU Comparative Study*, mai 2010, p. 77.

l'asile, qui avait refusé l'asile à un demandeur originaire de Sierra Leone au motif que cette personne n'avait pas 17 ans, comme elle le prétendait, mais était d'âge adulte.

En l'espèce, l'évaluation de l'âge avait été effectuée par un fonctionnaire du *Sénat pour l'asile* sur la base de sa perception subjective de l'apparence physique, du charisme personnel et de la maturité du requérant au cours des entretiens. La Cour a estimé que ces éléments n'étaient pas suffisants pour établir l'âge du requérant de façon concluante, étant donné que le dossier ne contenait pas d'indications claires pour soutenir l'affirmation que l'âge déclaré par le requérant était manifestement erroné. Pour que cela soit le cas, il aurait fallu que le caractère mensonger des déclarations du requérant concernant son âge soit flagrant ou constatable par une personne sans compétences spécifiques.

La Cour a rejeté l'argument avancé par l'autorité répondante – à savoir que le fonctionnaire qui avait réalisé l'évaluation de l'âge avait une longue expérience du traitement des demandeurs d'asile africains – en déclarant que «les connaissances médicales générales nécessaires à l'évaluation de l'âge des demandeurs d'asile ne s'acquièrent pas par le simple fait de s'occuper de demandeurs d'asile dans le contexte d'auditions ou de négociations».

De plus, la Cour a souligné que dans certains cas, même avec l'aide d'un avis d'expert, l'évaluation de l'âge pouvait rester non concluante. La Cour a estimé que, si l'expert reconnaît ne pas pouvoir donner un avis concluant sur l'âge, le bénéfice du doute doit être accordé et la date de naissance déclarée par le demandeur doit être prise en compte.

Arrêt n° S 400.131-1/2008/2E de la Cour pour l'asile (Asylgerichtshof) du 14.07.2008

L'exigence de fonder l'évaluation de l'âge sur des avis d'experts a été confirmée par l'arrêt du 14 juillet 2008 de la Cour pour l'asile. La Cour a fait valoir que les avis d'experts devaient indiquer clairement les qualifications professionnelles des experts, les méthodes employées pour évaluer l'âge ainsi que la fiabilité et la marge d'erreur associées à ces méthodes.

Le *Sénat pour l'asile* avait sollicité un rapport contenant un avis d'expert afin de déterminer l'âge d'un demandeur d'asile né en Afghanistan à une date inconnue, puis avait approuvé la conclusion de ce rapport établissant la majorité du demandeur. Le demandeur avait interjeté appel devant la Cour pour l'asile, qui a annulé l'arrêt contesté au motif que le rapport d'expert était trop superficiel et, par voie de conséquence, non concluant. Ce rapport manquait d'informations concernant les qualifications de l'expert auteur du rapport, la fiabilité des méthodes employées et le poids relatif des diverses méthodes, et ne mentionnait aucun autre fait susceptible de justifier la conclusion atteinte, tel que l'existence de déclarations contradictoires dans les antécédents du demandeur. La Cour a estimé que, pour une matière aussi sensible que l'évaluation de l'âge, l'autorité répondante aurait dû se renseigner d'office (de sa propre initiative) sur la réputation de l'expert et sur les méthodes de recherche à employer avant de solliciter l'avis de cet expert.

2. France

En France, les procédures d'évaluation de l'âge sont lancées par le bureau du procureur de la République dès qu'il y a doute sur l'âge déclaré par une personne prétendant être un enfant. La méthode d'évaluation de l'âge la plus courante est un examen médical qui consiste en un examen osseux et dentaire (méthode de Greulich et Pyle). Cette méthode est largement critiquée en France pour son manque de précision et ses implications en matière de droits de l'homme⁹⁸. En 2005, elle a

⁹⁸ Parmi les organismes qui critiquent cette méthode figurent la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), l'Académie nationale de médecine et l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE). Voir, par exemple, le rapport soumis par la CNCDH au HCNULD sur la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, pp. 3 et 4; et le rapport minoritaire soumis par l'ANAFE au Comité des droits de l'homme, *Rapport alternatif présenté au Comité des droits de l'homme en vue de l'examen du quatrième rapport périodique de la France dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 93^e session du 7 au 25 juillet 2008, pp. 8 et 9.

fait l'objet d'un avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, dont la conclusion était que cette méthode était inadéquate, ne pouvait être employée pour déterminer l'âge avec précision et que, par conséquent, elle ne pouvait constituer la méthode exclusive pour décider si une personne devait être traitée comme un enfant ou un adulte⁹⁹. À la suite de cet avis, la méthodologie a été affinée et les évaluations de l'âge ont commencé à inclure un examen psychologique général, au même titre que la prise en compte de tous les autres éléments susceptibles d'aider à établir l'âge de la personne¹⁰⁰. Malgré cela, les examens osseux continuent d'être pratiqués et restent le critère quasi exclusif, ce qui a incité le Comité des droits de l'enfant à exprimer sa préoccupation à ce sujet et à demander instamment à la France d'«introduire des méthodes récentes de détermination de l'âge qui se sont avérées plus précises que les examens osseux actuellement utilisés»¹⁰¹.

De plus, les évaluations de l'âge s'effectuent souvent sans le consentement préalable du présumé mineur ou de son tuteur¹⁰². À cet égard, la recommandation de la Commission nationale consultative des droits de l'homme est que la décision de soumettre une personne qui se déclare mineure à un examen médical afin d'évaluer son âge doit être prise par le tuteur (*administrateur ad hoc*) de cette personne, et que le tuteur et l'enfant dont l'âge est contesté doivent tous deux avoir la possibilité de demander une contre-expertise¹⁰³. De même, l'ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers), a estimé que, en l'absence des parents de l'enfant, il revient à l'administrateur *ad hoc* d'autoriser ou non l'examen médical. L'ANAFE a également fait valoir que le consentement de l'enfant doit être systématiquement recherché car, comme l'a souligné le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, la soumission à des investigations radiologiques et à un regard clinique peut blesser la dignité des adolescents soumis à un tel regard médical sans comprendre leur finalité, dans une structure hospitalière apparentée alors à une structure policière¹⁰⁴.

Il existe de grandes divergences dans les approches de l'évaluation de l'âge entre les diverses agences qui entrent en contact avec les enfants migrants et, partant de là, des pratiques également différentes¹⁰⁵. Il apparaît que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, par exemple, est parfois en conflit avec le Bureau du procureur de la République concernant l'évaluation de l'âge des enfants demandeurs d'asile¹⁰⁶. De même, comme l'a fait remarquer la juge Catherine Sultan pendant le colloque judiciaire, l'enfant est traité différemment selon le tribunal qui reçoit son appel.

La jurisprudence examinée dans le cadre du présent chapitre confirme cette diversité d'approches. Alors que nombre de tribunaux rejettent les examens osseux car ils les jugent non concluants, et qu'ils le faisaient déjà avant que le Comité consultatif national ait émis son avis en 2005, d'autres tribunaux continuent à se fier aux résultats de ces examens et à attribuer la charge de la preuve à la personne qui se dit mineure. Cela a notamment été le cas avec l'arrêt 2006/22156 de la Cour d'appel de Paris (24^e Chambre, Section B) du 01.06.2007, qui a estimé que la personne désireuse de bénéficier des dispositions relatives au bien-être des enfants devait apporter la preuve de son âge. En l'espèce, le Tribunal pour enfants de Paris avait confié à l'Aide sociale à l'enfance de Paris un enfant de nationalité afghane qui disait avoir 15 ans. Ce garçon avait fait l'objet d'un examen médical, dont la conclusion était que son âge physiologique était supérieur à 18 ans, compte tenu du degré de maturation osseuse et du développement physiologique de l'intéressé. Par la suite, le jeune a présenté un acte de naissance et un certificat de naissance dont il ressortait qu'il avait 15 ans. Le

⁹⁹ Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Avis n° 88 *Sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques*, 23 juin 2005, p. 5.

¹⁰⁰ Rapport sur la France pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 10.

¹⁰¹ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la France, CDE/C/FRA/CO/4, 11 juin 2009, paragraphes 87 et 88.

¹⁰² ANAFE, *Rapport alternatif présenté au Comité des droits de l'homme en vue de l'examen du quatrième rapport périodique de la France dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 93^e session du 7 au 25 juillet 2008, p. 8.

¹⁰³ Rapport soumis par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) au HCNUDH concernant la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, pp. 3 et 4.

¹⁰⁴ ANAFE, *Rapport alternatif présenté au Comité des droits de l'homme en vue de l'examen du quatrième rapport périodique de la France dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 93^e session du 7 au 25 juillet 2008, pp. 8 et 9.

¹⁰⁵ Rapport de synthèse de l'étude coordonnée par France Terre d'Asile sur *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne*, octobre 2010, p. 30.

¹⁰⁶ Rapport sur la France pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 10.

Tribunal pour enfants de Paris s'est basé sur ces documents pour traiter cette personne comme un enfant et le confier à l'Aide sociale à l'enfance. Dans le cadre d'un appel déposé par le Conseil de l'Aide sociale à l'enfance, l'authenticité de ces documents a été contestée et la Cour d'appel a conclu que, au vu des résultats de l'examen médical et de l'incertitude sur l'authenticité des documents produits, l'intéressé n'était pas parvenu à prouver qu'il était mineur et n'avait donc pas le droit de bénéficier des dispositions relatives au bien-être des enfants.

Arrêt n° 04/97 de la Cour d'appel de Lyon, Chambre spéciale des mineurs du 26.04.2004

La Cour d'appel de Lyon a rejeté les résultats d'un examen radiologique qui avait conclu qu'un garçon, ressortissant de Guinée, avait plus de 18 ans, en précisant que «la fiabilité de la méthode de Greulich et Pyle pour déterminer l'âge est extrêmement douteuse, notamment pour les populations d'origine africaine». La Cour a également rejeté, le jugeant non concluant, l'argument selon lequel, pendant son audition par les services de police, le garçon avait indiqué une date de naissance qui faisait de lui un adulte, car les conditions dans lesquelles le garçon avait été interrogé par la police n'étaient pas connues avec précision.

La Cour a estimé que l'acte de naissance présenté par le mineur faisait foi que celui-ci avait 17 ans, comme il l'affirmait. La Cour a fait remarquer que, en vertu du droit français, tout document public émis dans un pays étranger concernant l'état civil de citoyens français ou étrangers doit être considéré comme probant, pour autant qu'il ait été émis conformément aux procédures juridiques en vigueur dans le pays en question. En l'espèce, la preuve était que le garçon avait produit un extrait de son acte de naissance établi par greffier en chef de la Cour d'appel de Conakry, ce qui constituait une indication fiable que ce document avait été émis légalement en Guinée.

Par conséquent, la Cour d'appel a confirmé l'arrêt du Tribunal pour enfants de Lyon, qui avait prolongé le séjour de l'enfant sous la tutelle de l'Aide sociale à l'enfance pour une période de six mois, jusqu'à ce que l'intéressé atteigne l'âge adulte. La CDE, entre autres instruments juridiques internationaux et nationaux, a été invoquée par le requérant (le Conseil de l'Aide sociale à l'enfance du Rhône), mais la Cour n'a pas fait explicitement référence à la CDE en énonçant les motifs de son arrêt.

Arrêt n° 0900239 du Tribunal administratif de Rennes du 29.01.2009

Le Tribunal administratif a invoqué l'avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé ainsi que des rapports émis par des médecins expérimentés pour rejeter, en le qualifiant de non concluant, un examen médical qui prétendait qu'un jeune d'origine afghane – qui disait avoir 16 ans – avait un âge osseux de plus de 18 ans selon les tables de Greulich et Pyle. Les résultats de cet examen médical avaient été utilisés par le Préfet de Vienne pour motiver l'expulsion du jeune vers l'Afghanistan. Celui-ci avait été placé en détention administrative en attendant son transfert.

Le Tribunal administratif a noté que le requérant, qui était n'avait pas de papiers, avait fait preuve de cohérence en donnant sa date de naissance dans toutes ses déclarations devant les autorités administratives et lors de l'audition du Tribunal. Le Tribunal a également noté que la méthode de Greulich et Pyle n'était pas fiable, étant donné qu'elle comportait une marge d'erreur d'environ 18 mois pour les personnes entre 15 et 18 ans et que cette méthode avait été abandonnée dans d'autres pays européens, tels que l'Allemagne, en raison de son imprécision. Il a également estimé que les résultats de tels examens médicaux ne devraient être pris en compte qu'en fonction de leur précision perçue, comme l'a recommandé le Comité consultatif dans son avis, de manière à ce que la reconnaissance de la minorité d'une personne ne repose pas exclusivement sur lesdits résultats.

Toujours selon le Tribunal, l'examen médical auquel le requérant a été soumis ne devrait pas, en lui-même, déterminer l'âge de celui-ci, dans la mesure où cet âge influence le régime légal qui lui est appliqué et détermine en particulier s'il doit être protégé par la disposition du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'Asile, qui interdit l'expulsion d'enfants. En l'absence d'autres preuves ou examens qui confirmeraient l'évaluation médicale réalisée, le Préfet de Vienne n'avait pas de motif de traiter le requérant comme un adulte ni d'ordonner son expulsion. Par

conséquent, le Tribunal administratif a cassé la décision du Préfet d'expulser le requérant et de le placer en détention administrative. Il a également demandé instamment au Préfet de délivrer un titre de séjour temporaire au requérant et d'arriver à une décision sur le statut de celui-ci dans les deux mois.

3. Irlande

En Irlande, l'évaluation de l'âge se fonde sur des entretiens individuels menés par les agents d'immigration, les travailleurs sociaux ou les fonctionnaires de l'ORAC (*Office of the Refugee Applications Commissioner – Commissariat aux demandes d'asile*), selon que l'évaluation est réalisée au point d'entrée ou à un moment ultérieur¹⁰⁷. L'examen osseux n'est pas prévu dans la législation, bien que des ONG telles que l'*Irish Refugee Council (Conseil irlandais aux réfugiés)* ont fait savoir que des examens de densité osseuse sont encore pratiqués (même s'ils ne le sont pas au nom de l'ORAC), en particulier dans les milieux hospitaliers. Selon la position officielle, dans certains cas, des avis de professionnels comme les dentistes peuvent être inclus dans les évaluations s'ils sont donnés officieusement, mais ces avis ne devraient pas être sollicités¹⁰⁸.

Le recours à des entretiens pour déterminer si une personne est mineure est critiqué, car on estime que les agents chargés de les mener et de réaliser l'évaluation disposent d'un pouvoir discrétionnaire excessif. En outre, en l'absence de procédures d'évaluation de l'âge normalisées, des pratiques diverses sont suivies par le Bureau de l'immigration, l'Exécutif du service de santé et l'ORAC. Les évaluations de l'âge initiales effectuées au point d'entrée par les agents d'immigration sont une source particulière de préoccupations, car c'est à ce stade que les possibilités d'erreurs sont les plus grandes et les conséquences des erreurs les plus graves¹⁰⁹. Le Département de la justice, de l'égalité et de la réforme de la loi a déclaré que les évaluations de l'âge étaient menées conformément au Guide de bonnes pratiques publié en 2004 par le SCEP (*Separated Children in Europe Programme – Programme en faveur des enfants séparés en Europe*). Cette affirmation est toutefois contestée par plusieurs ONG qui ont observé que, contrairement à ce que recommande ce Guide de bonnes pratiques, les évaluations de l'âge ne sont pas menées par des «professionnels indépendants dotés des compétences requises»¹¹⁰. Par ailleurs, comme l'a souligné Siobhán Mullally, il n'y a à ce jour que peu d'éléments donnant à penser que la part d'incertitude des évaluations de l'âge a été résolue au bénéfice du demandeur¹¹¹.

Les principales affaires qui ont eu trait aux évaluations de l'âge sont *Moke contre le Commissaire aux demandes d'asile* et *Odunbaku (un mineur) contre le Commissaire aux demandes d'asile et Ors*. Ces deux affaires concernent des évaluations de l'âge effectuées dans le cadre de la procédure d'asile. Elles décrivent brièvement les procédures que l'ORAC doit suivre pour déterminer si une personne est un enfant non accompagné et montrent en quoi une évaluation de l'âge arbitraire peut avoir des répercussions sur les décisions à prendre dans la procédure d'asile.

Moke contre le Commissaire aux demandes d'asile, affaire [2005] IEHC 317

Dans l'affaire *Moke contre le Commissaire aux demandes d'asile*, la Haute Cour d'Irlande a établi des exigences procédurales minimales pour les décisions afférentes à l'évaluation de l'âge dans la procédure d'asile. Elle a ainsi estimé que le pouvoir de déterminer si une personne qui se déclare

¹⁰⁷ Réseau européen des migrations, *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, And Numbers of, Unaccompanied Minors – An EU Comparative Study*, mai 2010, p. 79.

¹⁰⁸ Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, pp. 54-55.

¹⁰⁹ Siobhán Mullally, «Separated Children in Ireland: Responding to "Terrible Wrongs"», dans *International Journal of Refugee Law*, 2011 (à paraître).

¹¹⁰ Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, p. 55.

¹¹¹ Siobhán Mullally, «Separated Children in Ireland: Responding to "Terrible Wrongs"», dans *International Journal of Refugee Law*, 2011 (à paraître).

mineure est effectivement âgée de moins de 18 ans devait être exercé par l'ORAC ou en son nom, conformément aux principes de la justice constitutionnelle et des procédures équitables.

Selon la juge Finlay Geoghegan, pour évaluer l'âge d'une personne qui se déclare enfant non accompagné, il importe de prendre en compte plusieurs aspects factuels importants. Premièrement, une décision immédiate doit être prise parce que le choix de la structure d'accueil vers laquelle la personne sera renvoyée dépend de cette décision et qu'il faut éviter de loger des adultes avec des enfants et vice-versa. Deuxièmement, l'évaluation de l'âge n'est pas une science exacte et devient encore plus compliquée lorsqu'elle se base uniquement sur un entretien et l'observation d'une personne issue d'un contexte culturel, racial et ethnique différent qui a peut-être vécu des événements traumatisants. De plus, même si la possibilité d'une réévaluation s'avère importante pour contrebalancer la nature informelle de l'évaluation initiale ainsi que l'imprécision et la large marge d'erreur des évaluations de l'âge basées sur des entretiens, la possibilité de telles réévaluations n'est d'aucune utilité pour le demandeur si son existence ne lui est pas effectivement communiquée.

Sur la base de l'arrêt rendu par le juge Burnton dans l'affaire *R (à la demande de B) contre les Maire et Députés de l'arrondissement londonien de Merton [2003] EWHC 1689 (Admin)* (voir plus bas), la juge Geoghegan a identifié les exigences procédurales minimales de la décision initiale d'évaluation de l'âge à prendre au nom de l'ORAC concernant une personne se déclarant enfant non accompagné:

«1. Le demandeur doit être informé, dans un langage simple, de la finalité de l'entretien. Cette information peut consister à faire savoir clairement au demandeur que les personnes chargées de l'entretien doivent déterminer si le demandeur a plus ou moins que 18 ans.

2. Si le demandeur déclare avoir moins de 18 ans et que les personnes chargées de l'entretien estiment que cette déclaration pourrait être fausse, le demandeur a le droit d'être informé, dans un langage simple, des motifs pour lesquels les personnes chargées de l'entretien doutent de la véracité de sa déclaration et de recevoir la possibilité de s'expliquer par rapport à ces motifs.

3. Lorsque, comme dans le cas présent, le demandeur produit un document paraissant être un document officiel original attestant de la date de naissance déclarée par le demandeur et que les personnes chargées de l'entretien ne sont pas disposées à prendre ce document en compte, le demandeur a le droit d'être informé de leurs réserves et de recevoir la possibilité de s'expliquer par rapport à ces réserves.

4. Si la décision est défavorable au demandeur, celui-ci doit être clairement informé de cette décision et des motifs qui en sont à l'origine. Ces motifs, sans longueur ni complications superflues, doivent expliciter pourquoi la déclaration de minorité du demandeur n'est pas jugée crédible. L'information et la communication initiales doivent nécessairement être données verbalement mais doivent sans délai être confirmées par écrit.

5. Si la décision est défavorable au demandeur et, comme indiqué, s'il y a une possibilité de réévaluation, le demandeur doit en être clairement informé, à nouveau d'abord verbalement puis par écrit. Le demandeur doit notamment être informé du moyen d'obtenir cette réévaluation».

La juge Geoghegan a conclu que les exigences procédurales minimales susmentionnées n'avaient pas été respectées en l'espèce. Pendant l'entretien, le demandeur n'avait pas été informé des motifs pour lesquels les fonctionnaires ne l'avaient pas cru quand il avait déclaré avoir moins de 18 ans et n'avait pas non plus reçu la possibilité de s'en expliquer. Le demandeur n'avait pas été informé des motifs justifiant la décision des fonctionnaires et n'avait pas non plus reçu cette décision par écrit. De plus, il n'avait pas été informé d'une quelconque possibilité de réévaluation. Pour ces raisons, la juge Geoghegan a conclu que la décision prise au nom de l'ORAC concernant l'évaluation de l'âge de l'enfant enfreignait l'obligation constitutionnelle à laquelle l'ORAC est tenue de prendre de telles décisions selon une procédure conforme à la justice constitutionnelle et aux procédures équitables.

Le demandeur a avancé que, si la décision afférente à l'évaluation de l'âge était jugée non valable, l'ORAC avait par conséquent commis une erreur juridique ou agi *ultra vires*¹¹² en traitant sa demande concernant une déclaration de statut de réfugié comme s'il était adulte. Toutefois, la Haute Cour s'est

¹¹² Agir *ultra vires* signifie agir en dehors des limites de toute autorité prévue par la loi et, par conséquent, sans base juridique pour l'acte en question.

abstenu de conclure que l'invalidation d'une évaluation de l'âge entraînait d'elle-même l'invalidation des décisions subséquentes prises dans le cadre de la procédure d'asile. La juge Geoghegan a indiqué que, selon le régime légal établi par la Loi de 1996 pour l'élaboration et la détermination des demandes d'asile, «le maximum que l'on puisse dire, c'est que la décision non valable concernant l'évaluation de l'âge prise par le répondant peut avoir privé le demandeur du bénéfice potentiel de l'assistance d'un tuteur désigné par le service de santé soit pour introduire la demande en son nom, soit pour l'assister dans la poursuite de la demande déjà introduite».

Odunbaku (mineure d'âge) contre le Commissaire aux demandes d'asile & Ors [2006] IEHC 28

Dans l'affaire *Odunbaku (mineure d'âge) contre le Commissaire aux demandes d'asile & autres*, la Haute Cour a franchi un pas supplémentaire en estimant qu'il ne faisait guère de doute que l'évaluation d'une déclaration donnée par une personne (en particulier toute imprécision ou incohérence supposée dans cette déclaration) puisse être matériellement affectée par l'âge de la personne concernée. Cette affaire concernait une demandeuse (M^{elle} Odunbaku), qui avait au départ été jugée mineure et avait donc été placée dans un centre d'accueil pour enfants de moins de 16 ans, mais qui avait par la suite été réévaluée comme adulte à la suite des doutes émis sur son âge par un travailleur social du centre d'accueil. M^{elle} Odunbaku avait alors introduit une demande d'asile, qui avait été traitée comme celle d'un adulte et qui avait finalement débouché sur le refus de lui accorder le statut de réfugiée. Elle avait fait appel de cette décision devant la RAT (*Refugee Appeals Tribunal – Cour d'appel pour réfugiés*), qui avait rejeté son appel.

Devant la Haute Cour, la demandeuse a contesté les décisions prises avant et pendant le traitement de sa demande d'asile, en particulier la décision initiale de la traiter comme une adulte, qui a affecté matériellement les décisions prises ultérieurement au cours de la procédure de demande d'asile. Le juge Clarke s'est référé aux procédures énoncées dans l'affaire *Moke* et a estimé qu'il existait des motifs sérieux pour soutenir que les procédures appropriées n'avaient pas été suivies, étant donné que la requérante n'avait pas été informée qu'il lui était possible de demander une contre-évaluation et de s'appuyer sur des preuves d'expert pour ce faire. En outre, les éléments probants auraient montré que les données ayant fondé la conclusion adverse concernant l'âge de la requérante n'ont pas été transmises à celle-ci. Il y avait par conséquent des motifs sérieux pour autoriser une audition complète visant à contester la décision afférente à l'évaluation de l'âge prise par l'ORAC.

Toutefois, a fait observer le juge Clarke, il ressortait clairement de l'affaire *Moke* que la seule invalidation d'une évaluation de l'âge n'avait pas d'elle-même nécessairement mené à la conclusion que les décisions subséquentes prises dans le cadre de la procédure d'asile étaient à leur tour invalidées. «Par voie de conséquence, il est clair que, pour qu'une évaluation de l'âge invalidée puisse être considérée comme ayant affecté les décisions subséquentes prises par l'ORAC ou la RAT, la Cour doit pouvoir estimer que la décision d'évaluation de l'âge contestée a eu un quelconque effet matériel et pratique sur la procédure suivie devant ces autres organismes». Sur ce point, le juge Clarke a estimé qu'il y avait peu de doutes que l'évaluation d'une déclaration donnée par une personne (en particulier toute imprécision ou incohérence supposée dans cette déclaration) puisse être matériellement affectée par l'âge de la personne concernée. «Alors qu'il est improbable qu'une différence significative dans l'évaluation de la crédibilité de la personne découlerait du fait qu'une personne avait (par exemple) 18 ans et un mois ou 17 ans et 11 mois, un écart d'âge plus significatif pourrait bien avoir un effet matériel sur l'évaluation d'une déclaration donnée».

Notant que la différence entre l'âge déclaré par M^{elle} Odunbaku, à savoir 14 ans, et l'âge tel que déterminé par l'ORAC était de l'ordre d'au moins trois ans, le juge Clarke a conclu que des événements matériels importants pour l'évaluation de la crédibilité de la déclaration de M^{elle} Odunbaku s'étaient déroulés à un moment où, pour l'affaire la concernant, elle pourrait bien n'avoir été qu'une adolescente, mais que, selon le point de vue de l'ORAC, elle était bien plus âgée. Le juge Clarke a estimé que, selon lui, on pouvait au moins soutenir que l'évaluation de la crédibilité de M^{elle} Odunbaku avait été potentiellement et matériellement affectée par l'idée de son âge qu'avait l'ORAC. Par conséquent, il était convaincu de l'existence de motifs sérieux pour autoriser la contestation à la fois de la décision de l'ORAC sur la demande substantielle d'asile et de la décision de la RAT concernant l'appel déposé contre la décision de l'ORAC.

4. Espagne

En Espagne, l'évaluation de l'âge se base sur une vérification des preuves documentaires, si elles existent, en consultation avec le Registre de police des mineurs étrangers non accompagnés (*Registro de Menores Extranjeros No Acompañados de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil*) et/ou sur un examen médical ordonné par le Bureau du procureur général si la personne qui se dit mineure n'a pas de papiers et ne figure pas dans ledit registre¹¹³. Des examens médicaux sont également ordonnés lorsque les autorités estiment que l'âge indiqué dans les documents de la personne ne correspond pas à son apparence physique. Cette pratique, qui s'est normalisée au cours des dernières années, est généralement considérée comme légitime par les tribunaux dès le moment où les documents d'identités ont été délivrés par des États avec lesquels l'Espagne n'a pas conclu d'accords de reconnaissance mutuelle.

Les examens médicaux consistent surtout en une étude ostéométrique dans le cadre de laquelle les radiographies de la main et du poignet sont comparées avec les tables de Greulich et Pyle¹¹⁴. La marge d'erreur des examens ostéométriques est reconnue par les autorités espagnoles; dans son Instruction 2/2001, le Bureau du procureur général a indiqué que pour ces examens, qui donnent une fourchette d'âge fort étendue, l'âge doit être établi au niveau de la limite inférieure de cette fourchette¹¹⁵. Toutefois, la jurisprudence indique la normalisation de la pratique consistant pour les services espagnols d'aide sociale à l'enfance à soumettre à des examens médicaux les enfants de 16 ou 17 ans dont ils s'occupent. Après ces examens, les jeunes déclarés majeurs sont libérés des centres d'accueil et des services d'aide publique. Cette pratique très préoccupante a été signalée par Maria Luisa Cava de Llano, Médiatrice espagnole, à l'occasion du colloque judiciaire¹¹⁶.

En conséquence de cette pratique, l'évaluation de l'âge est devenue une question intensivement traitée par les tribunaux espagnols ces dernières années. Les appels introduits devant les tribunaux ne visent généralement pas les décisions d'évaluation de l'âge elles-mêmes, mais plutôt les décisions prises par les services d'aide sociale à l'enfance pour mettre fin à la tutelle publique après réception des résultats des examens ostéométriques indiquant que des personnes ont plus de 18 ans.

Le recours aux examens médicaux est en général accepté par les tribunaux, qui ont cependant tendance à rejeter les résultats des examens s'ils contredisent les documents disponibles. Les tribunaux justifient ce rejet en estimant que, puisque les examens comportent une marge d'erreur importante, le bénéfice du doute doit mener à la conclusion que la personne dont l'âge est contesté est mineure. C'est précisément en raison de cette marge d'erreur importante des examens radiologiques que certains tribunaux espagnols ont commencé à remettre en question le caractère admissible de l'imposition d'examen radiologique à une personne prétendant avoir 17 ans. En effet, de tels examens constituent une atteinte à l'intégrité physique de l'enfant qui peut, si elle n'est pas justifiée par des motifs sérieux d'intérêt général ou d'ordre public, être qualifiée d'acte discriminatoire.

Contrairement à ce que l'on voit dans la jurisprudence des tribunaux autrichiens, français, irlandais et britanniques examinée dans ce chapitre, les tribunaux espagnols font directement référence au principe de l'intérêt supérieur et à la CDE comme base pour accorder le bénéfice du doute à toute personne pouvant être mineure et protéger cette personne contre la cessation de l'aide sociale publique et l'abandon sans ressources dans la rue.

¹¹³ Rapport sur l'Espagne intitulé *Policies on Reception, Return and Integration Arrangements for Unaccompanied Foreign Minors*, étude comparative du REM, juin 2009, p. 34. Comme indiqué dans l'étude réalisée par le Médiateur espagnol sur les procédures d'évaluation de l'âge, le Registre de police des mineurs étrangers non accompagnés n'est pas encore entièrement opérationnel et les informations ne sont pas partagées entre les Communautés autonomes, ce qui a pour effet que des enfants migrants vont d'une Communauté autonome à l'autre en étant traités comme des enfants ou des adultes, selon la Communauté autonome où ils se trouvent. Médiateur espagnol, *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011, pp. 102, 107-109 et 170.

¹¹⁴ Rapport de synthèse de l'étude coordonnée par France Terre d'Asile sur *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne*, octobre 2010, p. 30.

¹¹⁵ Rapport sur l'Espagne intitulé *Policies on Reception, Return and Integration Arrangements for Unaccompanied Foreign Minors*, étude comparative du REM, juin 2009, p. 34.

¹¹⁶ Voir aussi Médiateur espagnol, *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011, pp. 147-154.

Arrêt n° 202/2010 du Tribunal de première instance (Juzgado de Primera Instancia 28, Madrid) du 04.05.2010

Le Tribunal a annulé la décision de la Commission des tutelles de mineurs de Madrid (*Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid*) de mettre fin à la tutelle d'un garçon au motif que, selon les examens médicaux effectués, celui-ci avait plus de 18 ans. Le Tribunal a noté qu'aucun de ces examens médicaux n'avait donné un résultat concluant sur l'âge du requérant, et que les trois examens médicaux avaient tous révélé que l'enfant en question pouvait n'avoir que 17 ans.

Il a évoqué la préoccupation croissante engendrée ces dernières années par l'augmentation de l'immigration d'enfants et, en particulier, par l'arrivée d'enfants non accompagnés. Le Tribunal a souligné que la situation d'un migrant dont l'âge est contesté est marquée par une grande incertitude, mais que les législations générales en vigueur établissent comme point de départ la présomption réfragable de minorité de la personne en question. Cela signifie que, jusqu'à preuve du contraire, la personne est à traiter comme un enfant. Les moyens probants disponibles pour déterminer l'âge comprennent des moyens juridiques, qui consistent à consulter le registre des enfants sous tutelle publique et les dossiers des institutions publiques et privées d'aide à l'enfance, et des examens médicaux, moyen plus problématique car la détermination de l'âge osseux comporte un risque élevé de sous-estimation ou surestimation de l'âge physiologique.

Le Tribunal a fait remarquer que les tables couramment utilisées pour déterminer l'âge osseux (Greulich et Pyle) dataient de plusieurs décennies et qu'elles avaient été établies dans le contexte de recherches sur les pathologies liées à la croissance, non dans le but de déterminer avec exactitude l'âge d'une personne sans papiers. Il a également indiqué que ces tables avaient été établies en référence aux individus de type caucasien, qui avaient bénéficié d'un mode de vie confortable, et qu'il avait été prouvé que des conditions d'existence défavorables perturbaient le processus de formation osseuse, sans que cela n'ait été constant pour toutes les races. Le Tribunal a estimé que la marge d'erreur de cette méthode d'évaluation de l'âge était d'au moins 18 mois et, par conséquent, qu'une évaluation de l'âge devait toujours revenir à prendre l'âge le plus bas possible dans la marge d'erreur «car c'est généralement ainsi que l'on satisfait l'intérêt supérieur de l'enfant».

Arrêt n° 406/2010 du Tribunal de première instance (Juzgado de Primera Instancia 16, Barcelone) du 18.03.2011

Le Tribunal a annulé la décision prise par la Direction générale de l'attention à l'enfance et à l'adolescence (DGAIA – *Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia*) de mettre fin à sa tutelle sur un enfant originaire du Mali au motif qu'il était déjà devenu adulte et qu'il n'avait donc plus droit à la tutelle publique accordée aux enfants dans le besoin. Cet enfant, qui avait 14 ans selon son passeport, avait été confié à la DGAIA sur identification par la police et avait été admis dans un centre d'accueil pour enfants en attendant l'examen de son dossier et de celui de sa famille. En raison de l'aspect physique de ce garçon et du fait que la police avait noté dans ses dossiers qu'il avait presque 18 ans, le Bureau du Procureur général aux mineurs (*Fiscalía de Menores de Guardia*) avait ordonné des examens radiologiques afin d'évaluer son âge. À la réception du rapport médico-légal, qui concluait à la majorité du garçon, le Procureur général a décidé de le traiter en tant qu'adulte et déterminé qu'il n'avait pas droit aux bénéfices accordés par la loi au titre de la protection des enfants. Quelques semaines plus tard, la DGAIA a mis fin à la tutelle et libéré le garçon du centre d'accueil où il était logé.

Le Tribunal a estimé que l'aspect physique du demandeur, son inscription dans le registre de police en tant qu'adulte et le fait que son passeport avait été délivré par un pays avec lequel l'Espagne n'avait pas conclu d'accord de reconnaissance mutuelle justifiaient les examens médicaux ordonnés par le Procureur général. Toutefois, après avoir noté que divers tribunaux nationaux attachaient une importance variable aux passeports et examens médicaux, le Tribunal a déclaré que, en cas de contradiction entre le contenu du passeport et les résultats des examens médicaux, la préférence devait être donnée au premier.

Le Tribunal n'a pas pris en considération les résultats des examens médicaux pour deux motifs: l'imprécision des examens médicaux et l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour commencer, le Tribunal a

fait observer que les examens radiologiques n'étaient pas fiables, car ils sont basés sur des critères établis en référence à des types physiques américains ou européens et ignorent les facteurs raciaux, ethniques, nutritionnels, environnementaux, psychologiques et culturels très différents qui influent sur le développement des habitants de l'Afrique subsaharienne. Le Tribunal a mentionné une série d'avis d'experts sur l'imprécision des examens radiologiques et noté l'avis émis en 2009 par l'UNICEF et le Conseil général de l'association du Barreau espagnol (*Consejo General de la Abogacía de España*), qui avait déconseillé le recours systématique et exclusif à la technique radiologique de Greulich et Pyle pour la détermination de l'âge des enfants non accompagnés, à cause de la marge d'erreur élevée de cette technique. L'évaluation de l'âge effectuée sur la base des examens radiologiques était par conséquent incomplète et n'a pas déterminé avec précision l'âge du requérant.

En conclusion, comme il n'a pas été possible d'établir avec certitude la majorité du requérant, le Tribunal a estimé que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, «qui doit primer sur tous les autres intérêts» et qui est inscrit dans la législation nationale et dans de nombreux traités internationaux ratifiés par l'Espagne, y compris la CDE et la CEDH, exige que le requérant soit considéré comme un enfant.

Arrêt n° 107/2011 du Tribunal de première instance (Juzgado de Primera Instancia 19, Barcelone) du 02.05.2011

Le Tribunal a accordé la réadmission provisoire dans un centre d'accueil pour enfants d'un garçon qui déclarait avoir 17 ans et qui avait été placé sous tutelle publique mais dont la DGAIA avait déclaré qu'il n'était pas un enfant dans le besoin, cela à la suite d'un examen médical qui avait conclu à la majorité du garçon. Le garçon avait fait appel de la décision de la DGAIA de mettre fin à sa tutelle et demandé, à titre de mesure provisoire, à être réadmis dans un centre d'accueil pendant la durée de la procédure d'appel.

Pour le Tribunal, il était évident qu'il fallait accéder à cette demande puisque, étant donné qu'il y avait une contradiction entre les documents du requérant, son apparence physique et de «prétendus examens osseux», il fallait supposer que ces documents étaient valables. Le Tribunal a noté que l'objet de la procédure principale, encore en cours, était précisément de déterminer l'âge du requérant et qu'il était possible que, dans le cadre de cette procédure principale, le Tribunal arrive à la conclusion qu'une erreur s'était produite dans l'évaluation des résultats des examens radiologiques.

La réadmission provisoire du requérant dans un centre d'accueil pour enfants avait été accordée parce que l'existence des documents attestant de l'âge déclaré par le requérant donnait à penser qu'ils avaient été délivrés dans le cadre d'une procédure juridique adéquate et apportaient un fondement juridique pour l'adoption d'une mesure provisoire, mais aussi parce que la protection due à un enfant ne pouvait être mise en attente d'une décision judiciaire quant à la minorité ou la majorité du requérant. Le Tribunal a souligné le risque qu'un retard empêche l'enfant de recevoir la protection qui lui était due en tant qu'enfant et à tous les stades de son enfance pour permettre son développement normal. Pendant toute la période où le requérant s'est vu refuser la protection que la loi lui offrait en tant qu'enfant, ces avantages ont été perdus à tout jamais. Par conséquent, il serait empêché d'exercer son droit d'appel devant les tribunaux si la protection à laquelle il pouvait prétendre en tant qu'enfant était suspendue dans l'attente d'un arrêt définitif dans la procédure principale, d'autant plus qu'il aurait probablement atteint l'âge de 18 ans avant le prononcé d'un verdict. Le Tribunal a rejeté, le jugeant hors de propos, l'argument selon lequel il était satisfait aux besoins fondamentaux du requérant en le logeant dans un centre d'accueil pour adultes. En effet, comme le requérant était encore mineur, il avait le droit de bénéficier des mesures mises en place pour répondre aux besoins des enfants. Or seule la DGAIA pouvait répondre aux besoins des enfants abandonnés.

En outre, le Tribunal a contesté les critères employés par le Bureau du Procureur général pour évaluer l'apparence physique du requérant, en faisant remarquer que, selon son propre jugement, le requérant, qui avait été entendu par le Tribunal, n'avait pas une apparence physique, pour ce qui est de la stature ou de la physionomie, incompatible avec l'âge indiqué par le passeport produit ou avec l'apparence d'autres mineurs qui avaient été entendus par le Tribunal. En conséquence, le Tribunal ne partageait pas les conclusions du Bureau du Procureur général selon lesquelles le requérant était majeur.

Sans se limiter à cela, le Tribunal a estimé qu'il serait discriminatoire de faire subir des examens radiologiques à un mineur migrant placé sous tutelle publique alors que, selon le passeport du mineur en question, celui-ci n'était qu'à quelques mois de la majorité. Les examens radiologiques constituent une atteinte à la personne du mineur qui, dans ces circonstances, ne peut se justifier que par des motifs très sérieux d'intérêt général ou d'ordre public.

Arrêt n° 141/2011 du Tribunal de première instance (Juzgado de Primera Instancia 51, Barcelone) du 13.05.2011

Dans une affaire similaire, le Tribunal a également accordé la réadmission provisoire dans un centre d'accueil pour enfants d'un garçon originaire du Ghana qui, selon son certificat de naissance, avait 18 ans moins deux mois et dont la DGAIA avait décidé de ne plus s'occuper après qu'un examen médical avait conclu à un âge osseux de 18 ans ou plus. Le Tribunal a indiqué que les résultats des examens médicaux n'étaient pas incompatibles avec l'âge déclaré par le jeune, à savoir 17 ans et 10 mois, et ajouté que, en tout état de cause, «en la présence d'un doute, si minime soit-il, le principe qui doit prévaloir est celui de la protection de la personne en tant qu'enfant».

Le Tribunal a estimé qu'il y avait péril en la demeure (*periculum in mora*) que le mineur se retrouve à la rue, sans ressources et en ne recevant qu'une assistance minimale d'institutions privées. Il a souligné que, contrairement au Bureau du procureur général, dont le principal souci était qu'aucun adulte ne loge dans des centres d'accueil pour enfants et que les adultes ne bénéficient pas des dispositions d'aide spécifiquement conçues pour les enfants, le tribunal de la famille est censé agir en vertu du principe selon lequel, en cas de doute, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (principe *pro minoris*, comme évoqué par le Tribunal) est à appliquer. Pour le Tribunal, c'était la seule façon d'éviter le risque que l'enfant se retrouve à la rue sans ressources ou dépende d'institutions privées alors qu'il avait le droit de recevoir l'aide publique et d'être admis dans un centre d'accueil, solutions propres à répondre à ses besoins en tant qu'enfant.

5. Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, on considère généralement qu'il est inapproprié de déterminer l'âge au moyen d'examens radiographiques, car les rayonnements ionisants ne devraient être administrés qu'à des fins thérapeutiques. Dans un avis demandé par le Commissaire aux enfants pour l'Angleterre, il a été observé que les Règlements 2000 SI 2000/1059 sur les rayonnements ionisants (exposition médicale), qui ont été adoptés à la suite de la Directive 97/43/Euratom du Conseil de l'UE¹¹⁷, exigeaient que toute utilisation de rayonnements ionisants à des fins non médicales soit justifiée par un médecin. En particulier, il est demandé aux médecins d'accorder une attention spéciale au bien-fondé d'une telle exposition dans la mesure où il n'y a pas d'avantage médical direct pour les personnes et où elle est entreprise pour des raisons médico-légales. La *Border Agency* du Royaume-Uni a annoncé à ses agents chargés des autorisations d'entrée que la prise de radiographies n'était pas admissible et qu'ils ne pouvaient pas demander à des médecins d'utiliser des données radiologiques pour évaluer l'âge.

Les évaluations de l'âge initiales sont effectuées par les autorités locales, qui se chargent de loger la personne si elle s'avère être mineure. Ces évaluations se font à la demande de la *Border Agency* du Royaume-Uni ou, dans certains cas, si les autorités ont leurs propres doutes sur l'âge d'un enfant. Les évaluations reposent sur des entretiens individuels menés par deux travailleurs sociaux qui possèdent la formation et l'expérience nécessaires. Dans l'affaire *R (à la demande de B) contre les Maire et Députés de l'arrondissement londonien de [2003] EWHC 1689 (Admin)*, le juge Stanley Burnton a défini les critères d'une évaluation légale, à réaliser par une autorité locale, concernant l'âge des jeunes demandeurs d'asile se déclarant mineurs, maintenant connus sous l'expression «critères Merton». Ces critères exigent, entre autres, que le décideur ne détermine pas l'âge uniquement sur la base de l'apparence du demandeur mais cherche à connaître les antécédents

¹¹⁷ Directive 97/43/Euratom du Conseil du 30 juin 1997 relative à la protection sanitaire des personnes contre les dangers des rayonnements ionisants lors d'expositions à des fins médicales, remplaçant la Directive 84/466/Euratom.

généraux du demandeur, y compris sa situation et son passé familiaux, son bagage éducatif et ses activités au cours des quelques dernières années, ainsi que des informations ethniques et culturelles. De même, il doit obtenir de l'autorité locale les motifs pour lesquels celle-ci a conclu à la majorité d'un demandeur qui prétend être mineur. Le juge Stanley Burnton a également estimé que, si le décideur pense qu'un demandeur ment sur son âge, les évaluateurs doivent expliquer comment ils sont arrivés à cette conclusion et donner au demandeur la possibilité d'y réagir.

En dépit de l'apparente clarté de l'arrêt rendu par le juge Stanley Burnton, l'évaluation de l'âge est restée une procédure très litigieuse et les autorités locales n'ont pas toujours suivi les procédures recommandées. C'est pourquoi des procès similaires continuent à être intentés. Par exemple, dans la très récente affaire *R (FZ) contre arrondissement londonien de Croydon* [2011] EWCA Civ 59, la Cour d'appel a dû juger qu'il était «évident qu'un demandeur reçoit une possibilité juste et appropriée, au stade où une éventuelle décision défavorable n'est que provisoire, de réagir aux éléments négatifs importants pour l'affaire concernant son âge qui peuvent jouer en sa défaveur. Ces éléments évidents sont l'absence de documents justificatifs, des incohérences ou une conclusion provisoire selon laquelle le demandeur ne dit pas la vérité, des motifs sommaires étant à la base de cet avis provisoire».

Il s'agit là d'un exemple typique d'un recours de droit public contre la manière dont une autorité locale réalise une évaluation de l'âge. Le recours se base sur l'affirmation selon laquelle la procédure n'a pas donné au demandeur la possibilité de s'expliquer ou qu'elle reposait sur une mauvaise évaluation ou une évaluation non raisonnable des faits de l'affaire. Les questions soulevées sont habituellement de nature procédurale et ne sont pas basées sur une quelconque interprétation de la Convention relative aux droits de l'enfant. Au fil des ans, un certain nombre d'autres recours ont été déposés au motif qu'une autorité locale n'avait pas attaché d'importance ou d'importance suffisante à une évaluation de l'âge réalisée par un pédiatre consultant expérimenté. Ces recours ont finalement poussé une série d'autorités locales à porter une affaire en justice en prétendant qu'on ne pouvait se fier à de tels rapports médicaux car leur méthodologie présentait des vices de forme et ne permettait pas une évaluation précise de l'âge. Cet aspect faisait partie d'une remise en question plus générale de la manière de réaliser les évaluations de l'âge, mais l'affirmation relative à la fiabilité des évaluations effectuées par des pédiatres consultants a fini par être examinée par le juge Collins dans les affaires *R (A) contre arrondissement londonien de Croydon* et *R (WK) contre Conseil du Comté de Kent* [2009] EWHC 939 (Admin). Le juge a entendu un éminent pédiatre consultant qui énonçait des éléments probants en se basant sur les lignes directrices fournies par le *Royal College of Paediatrics and Child Health* dans sa publication de novembre 1999 intitulée «The Health of Refugee Children Guidelines for Paediatricians». On peut y lire que «en pratique, pour déterminer un âge, la certitude est extrêmement difficile à atteindre et aucune approche n'est fiable à elle seule. De plus, dans le cas des jeunes entre 15 et 18 ans, il est encore plus difficile d'arriver à une certitude. [Par conséquent], la détermination de l'âge est une science inexacte, dont la marge d'erreur peut parfois atteindre cinq ans dans l'un ou l'autre sens». Aspect plus important, ces lignes directrices affirment aussi que «les évaluations de l'âge mesurent la maturité, non l'âge chronologique» et qu'«il est quasiment impossible de déduire l'âge d'un individu à partir de mesures anthropométriques». Le juge Collins, sans estimer que les rapports médicaux n'étaient jamais fiables, a effectivement conclu qu'ils n'étaient ni plus ni moins fiables que les évaluations réalisées par des travailleurs sociaux formés et expérimentés.

Par ailleurs, d'autres questions soulevées dans cette même affaire ont été portées jusque devant la Cour suprême du Royaume-Uni et ont donné lieu à un arrêt qui a changé radicalement la manière dont les évaluations de l'âge allaient être traitées dans les tribunaux britanniques. Dans l'affaire *R (à la demande d'A) (FC) contre arrondissement londonien de Croydon et d'une autre action* [2009] UKSC 8, la Cour suprême a estimé que la question de savoir si une personne est un «enfant» appelle une réponse négative ou affirmative, même s'il s'avère parfois difficile de déterminer quelle est la bonne réponse. Par conséquent, si un décideur n'arrive pas à prendre une décision qui n'est pas contestée, il incombe aux tribunaux de tirer leurs propres conclusions. Cette position s'écarte radicalement de la précédente pratique de la Haute Cour et de la Cour d'appel, qui consistait à déterminer si la décision prise par le décideur était raisonnable et conforme aux éventuelles orientations politiques publiées.

Cet arrêt de la Cour suprême a eu pour effet que la Haute Cour a dû entendre des témoignages en personne dans des affaires de révision judiciaire où des évaluations de l'âge étaient contestées, ce qui est très inhabituel au niveau de cette juridiction. Autre conséquence, les affaires devaient trouver une solution dans les deux ou trois jours. De nombreux membres de l'appareil judiciaire

n'appréciaient pas de devoir ainsi établir des faits au sein du Tribunal administratif, qui examinait normalement des questions juridiques sans entendre de témoignages en personne. Dans le but de clarifier les tâches que le Tribunal administratif allait devoir assumer, le juge Holman a donné une série d'orientations dans l'affaire *La Reine, à la demande de F, contre arrondissement londonien de Lewisham et autres* [2009] EWHC 3542 (Admin). Il a par exemple indiqué que, dans de telles affaires, les juges devraient appliquer la norme civile ordinaire de la balance des probabilités pour statuer sur les questions de fait. Il a également admis que les preuves médicales pouvaient constituer l'un des éléments de la base factuelle sur laquelle le tribunal fonderait sa décision. Toutefois, il a maintenant été décidé que, à partir d'octobre 2011, la majorité de ces révisions judiciaires seraient transférées au Tribunal supérieur (Chambre d'immigration et d'asile) dès que l'autorisation aura été accordée de réaliser une révision judiciaire substantielle de tout litige portant sur l'âge, car ce tribunal est habitué à la fois aux procédures d'établissement de faits et aux questions relatives aux enfants non accompagnés ou séparés.

R (à la demande de B) contre les Maire et Députés de l'arrondissement londonien de Merton [2003] EWHC 1689 (Admin)

Dans le cadre d'une demande de révision judiciaire d'une décision de l'arrondissement londonien de Merton de refuser un logement et une aide financière à un garçon originaire du Sénégal au motif que, selon l'évaluation de l'âge réalisée par une travailleuse sociale, il était adulte, le juge Stanley Burnton a estimé qu'il était impossible pour un décideur de déterminer, de manière objective et vérifiable, l'âge exact d'un demandeur ayant entre 16 et 20 ans. Il a alors suggéré que, s'il était possible de recueillir auprès de l'enfant un historique pouvant être accepté comme véridique et paraissant correspondre à sa minorité déclarée, le décideur pouvait alors conclure à la minorité du demandeur. Toutefois, il a aussi admis que si une personne avait menti sur son passé, cela ne signifiait pas nécessairement qu'elle avait également menti sur son âge.

Pour continuer, le juge Stanley Burnton a estimé que le décideur ne pouvait déterminer l'âge uniquement sur la base de l'apparence du demandeur. En général, le décideur doit chercher à connaître les antécédents généraux du demandeur, y compris sa situation et son passé familiaux, son bagage éducatif et ses activités au cours des quelques dernières années. Les informations ethniques et culturelles peuvent aussi avoir leur importance. S'il y a des raisons de douter de la déclaration du demandeur quant à son âge, le décideur devra lui poser des questions afin d'évaluer sa crédibilité.

Selon le juge Stanley Burnton, l'autorité locale est obligée de dûment justifier sa décision car «[les] conséquences d'une telle décision peuvent être drastiques pour le demandeur, lequel est en droit de connaître cette justification et de déterminer, si cela lui est possible et, le cas échéant, avec une assistance juridique, si la décision est légale». Il a estimé que cette justification n'avait pas besoin d'être longue ni développée et que le tribunal devait veiller à ne pas imposer de fardeau irréaliste et superflu aux personnes chargées de prendre des décisions telles que celles dont il est question. Le juge a noté que «[les cas] varient entre ceux où la réponse sera évidente et ceux où elle sera loin de l'être, et les recherches qui seront superflues dans un type de cas s'avéreront nécessaires dans un autre. Le Tribunal ne devrait pas être enclin à supposer que le décideur a agi de façon déraisonnable, désinvolte ou injuste: [au] contraire, il incombe au requérant d'établir que le décideur a agi de la sorte».

Le juge a été convaincu que, en l'espèce, la travailleuse sociale n'avait pas pris sa décision uniquement sur la base de l'apparence et l'attitude du requérant, mais avait également recueilli son historique familial et personnel complet, y compris le bagage éducatif du requérant. Il a également estimé qu'il n'était pas nécessaire pour l'autorité locale de fournir une assistance pendant quelques jours ou quelques semaines afin de donner la possibilité à d'autres d'observer le requérant et pour que celui-ci puisse être observé et évalué pendant cette période, puisque l'on disposait déjà d'informations en suffisance pour fonder une décision.

Le juge Stanley Burnton a aussi estimé que, si le décideur pense que si le demandeur ment quant à son âge, celui-ci doit avoir la possibilité de donner des clarifications sur les éléments qui ont inspiré cette opinion au décideur. De plus, il a fait valoir, d'une part, que le requérant aurait dû recevoir une possibilité adéquate de répondre aux points que le défendeur s'appropriait à lui opposer et, d'autre part,

que la travailleuse sociale n'avait pas donné à entendre que cela avait été fait. Par conséquent, la décision de cette dernière devrait être rejetée, à moins que le défendeur n'ait établi que ses réponses aux points sur lesquels elle s'était basée ne pouvaient raisonnablement pas avoir influencé sa décision.

R (à la demande d'A) (FC) contre arrondissement londonien de Croydon et une autre action; R (à la demande de M) (FC) contre arrondissement londonien de Lambeth et une autre action [2009] UKSC 8

A est arrivé au Royaume-Uni en provenance d'Afghanistan le 13 novembre 2007. Le lendemain, il a demandé asile en précisant que sa date de naissance était le 8 avril 1992, ce qui lui faisait un âge de quinze ans et demi. L'agent d'immigration, estimant qu'il avait 18 ans, l'a envoyé à l'arrondissement londonien de Croydon pour y faire évaluer son âge. Au terme d'un entretien avec deux travailleurs sociaux, il a été conclu que le garçon était majeur. Il a donc été renvoyé au NASS (*National Asylum Support Service – Service national d'aide à l'asile*), qui est chargé d'offrir un logement et une aide financière aux adultes demandeurs d'asile. Peu après, ses avocats ont produit une copie d'un certificat de naissance d'Afghanistan dont il ressortait que sa date de naissance était le 8 avril 1992. Ils l'ont également fait examiner par un pédiatre, qui a estimé l'âge du garçon entre 15 et 17 ans. Le 7 mars 2008, au motif que le garçon était un enfant nécessitant un logement, une demande de révision judiciaire de la décision selon laquelle il n'avait pas droit à un logement en vertu du chapitre 20 de la Loi de 1989 sur les enfants a été introduite et une injonction provisoire a été donnée à l'autorité de fournir cette aide à l'intéressé en attendant la détermination de la demande de révision judiciaire.

M est arrivé au Royaume-Uni en novembre 2006 et y a demandé asile trois jours plus tard en déclarant qu'il était né le 15 décembre 1989, ce qui lui donnait presque 17 ans. À la suite d'une contestation concernant l'âge du garçon, il a été renvoyé à l'arrondissement londonien de Lambeth, où son âge a été évalué par deux travailleurs sociaux, lesquels ont conclu qu'il avait plus de 18 ans. Ici aussi, un pédiatre l'a examiné, dont la conclusion était qu'il avait bien 17 ans. La procédure de révision judiciaire a été lancée et l'arrondissement londonien de Lambeth a réexaminé sa décision, mais est arrivé à la conclusion que M avait plus de 20 ans.

Ces deux affaires, traitées comme les affaires principales, et cinq autres demandes de révision judiciaire ont été rassemblées dans le but de statuer sur une série de questions préliminaires. Parmi ces questions préliminaires figurait la question de savoir si la question d'être «un enfant ou non» au sens de la section 20 de la Loi de 1989 relevait d'un fait précédent à déterminer par le tribunal selon la balance des probabilités. Le 20 juin 2008, le juge Bennett a statué sur toutes les questions en faveur des autorités locales et décidé que ladite question ne relevait pas d'un fait précédent.

Le 18 décembre 2008, la Cour d'appel a rejeté les appels des requérants concernant les décisions prises pour les questions de droit préliminaires. Ces questions ont alors été légèrement reformulées en vue de la requête à présenter à la Cour suprême. Parmi les questions déposées devant la Cour suprême figuraient ces deux-ci: 1) Faut-il, en raison de l'interprétation des lois, n'appliquer l'obligation établie par le chapitre 20 de la Loi de 1989 sur les enfants qu'aux personnes que l'autorité locale estime être des mineurs, ou à toute personne qui est réellement mineure, en laissant au tribunal le soin de trancher selon la balance des probabilités? 2) La question «mineur ou majeur» est-elle une question de fait «précédent» ou «juridictionnel» à trancher par un tribunal selon la balance des probabilités?

Lady Hale, dans un jugement soutenu par d'autres membres de la Cour suprême, a estimé que «si la question n'est pas de savoir quelle décision la Cour doit prendre mais quel service l'autorité locale doit fournir, il est tout à fait raisonnable de supposer que le Parlement avait prévu que de telles questions d'évaluation seraient déterminées par l'autorité publique, sous réserve du contrôle par les tribunaux des principes ordinaires de la révision judiciaire. Dans les limites d'une procédure équitable et des "principes de *Wednesbury* de l'attitude raisonnable", il n'y a pas de réponses bonnes ou mauvaises bien tranchées». Lady Hale a cependant ajouté que «la question de savoir si une personne est un "enfant" est une question d'un autre type. Dans ce cas, il peut exister une réponse positive ou négative. Il peut s'avérer difficile de déterminer quelle est cette réponse. Les décideurs doivent parfois faire de leur mieux en se basant sur des preuves qui ne sont ni parfaites ni

concluantes. Mais il en va de même avec de nombreuses questions de fait qui sont portées régulièrement devant les tribunaux. Il n'empêche que ce sont des questions à traiter par les tribunaux et non par d'autres types d'instances de prise de décision».

Elle a aussi estimé que «l'autorité publique, qu'il s'agisse de l'autorité responsable des services à l'enfance ou de la *Border Agency* du Royaume-Uni, doit d'abord effectuer sa propre évaluation qui, si elle demeure contestée, pourra donner lieu à une intervention judiciaire. Par ailleurs, plus la qualité de la décision initiale est élevée, moins il est probable que le tribunal arrive à une décision différente au regard des preuves produites». Dans ses conclusions, Lady Hale a déclaré qu'elle autoriserait les appels et rejeterait l'injonction de la Cour d'appel, ajoutant que «[le] résultat est que si des questions demeurent concernant l'âge d'une personne sollicitant un logement en vertu de la section 20(1) de la Loi de 1989, le tribunal devra déterminer où est la vérité sur la base des preuves disponibles».

R (A) contre arrondissement londonien de Croydon; R (WK) contre Conseil du comté de Kent [2009] EWHC 939 (Admin)

La base factuelle de l'affaire du requérant A a déjà été énoncée car elle a également été traitée par la Cour suprême à d'autres égards. Néanmoins, au niveau de la Haute Cour et dans le cadre de l'affaire A, le juge Bennet a refusé d'entendre d'autres justifications liées à la valeur probante des rapports des pédiatres. En effet, il a jugé inapproprié de faire cela lors d'une audition préliminaire, centrée sur des questions procédurales et non substantielles. Par la suite, cette affaire a été jointe à celle de WK et est arrivée devant le juge Collins. Celui-ci a noté que, dans l'affaire *R (I et O) contre Secretary of State for the Home Department* [2005] RWHC 1025 (Admin), la Haute Cour avait arrêté que l'avis quant à l'âge d'un enfant émis par un pédiatre expérimenté employant des données dentaires devait être préféré à l'avis des travailleurs sociaux de l'autorité locale. C'est également la raison pour laquelle les requérants ont contesté le refus des autorités de Croydon et du Kent de suivre l'avis d'un pédiatre sur leur âge ou, à tout le moins, d'admettre que cet avis soulevait des doutes sur leur âge et que, par conséquent, les requérants devaient se voir accorder le bénéfice du doute.

Le juge Collins a fondé son jugement sur les critiques soulevées concernant la méthodologie employée par deux pédiatres, qui avaient depuis longtemps réalisé un grand nombre d'évaluations de l'âge dans des affaires impliquant des enfants non accompagnés ou séparés, et concernant l'avis sur la fiabilité des évaluations de l'âge qui avait généralement été adopté par le corps médical. Le juge Collins a déclaré ne pas douter qu'un pédiatre expérimenté en évaluation de l'âge puisse donner un avis utile dans une affaire, et ajouté que le ministre de l'Intérieur (Secretary of State for the Home Department) et les autorités locales ne pouvaient généralement ignorer les rapports pédiatriques. Il a néanmoins ajouté qu'il incombait au ministre de l'Intérieur et aux autorités locales de décider de l'importance éventuelle à attacher à ces rapports, ajoutant qu'il s'attendait à ce qu'un «tel rapport ne convaincra que rarement le décideur de changer d'avis».

Le juge Collins s'est fondé sur les éléments probants à sa disposition pour admettre que les travailleurs sociaux participant à la prise de la décision et employés par les autorités locales dans ces affaires précises avaient reçu une formation appropriée et possédaient une expérience suffisante de l'évaluation de l'âge des enfants non accompagnés demandeurs d'asile. Néanmoins, après avoir souligné l'importance qu'il y avait à confier les évaluations à des travailleurs sociaux formés et expérimentés et à veiller au respect de toutes les garanties de justice, le juge Collins a reconnu que «le système actuel était indubitablement loin d'être parfait». Et d'ajouter: «À mon sens, il est évident que des services spécialisés doivent être mis en place. De plus, puisque les pédiatres admettent pouvoir jouer un rôle en la matière, il serait souhaitable que ces nouveaux services puissent compter sur des pédiatres dûment formés, même si la science médicale ne permet pas de formuler une réponse précise».

C. BONNES PRATIQUES

À partir des affaires examinées et de celles qui l'ont été lors du colloque judiciaire, il est permis d'identifier les bonnes pratiques suivantes:

- Tenir compte de la large marge d'erreur des évaluations et examens médicaux ou dentaires, et considérer par conséquent que les résultats de ces examens sont non concluants ou que l'on peut se fier à l'âge le plus bas indiqué dans cette marge d'erreur.
- Considérer que la fiabilité de la méthode Greulich et Pyle et d'autres méthodes radiologiques d'évaluation de l'âge est extrêmement douteuse et que ces méthodes ne devraient pas être utilisées pour évaluer l'âge.
- Considérer que les examens radiologiques réalisés pour des raisons non médicales constituent une entrave au développement du mineur qui ne peut se justifier que par des motifs très sérieux d'intérêt général ou d'ordre public. Considérer que les mêmes raisons médicales de limiter les examens radiologiques à faire subir aux enfants ressortissants du pays doivent être appliquées à tous les enfants présents sur le territoire du pays.
- Exiger de tout expert consulté qu'il fournisse des renseignements détaillés sur ses qualifications professionnelles, la méthodologie suivie et la marge d'erreur associée à celle-ci.
- Faire respecter le principe d'accorder le bénéfice du doute à l'enfant si les preuves des experts ne sont ni concluantes ni déterminantes en ayant à l'esprit que cette approche répond à l'intérêt supérieur de l'enfant.
- Considérer que les évaluations de l'âge ne peuvent reposer uniquement sur l'apparence physique de la personne dont l'âge est contesté et qu'elles devraient s'effectuer au moyen d'une combinaison de méthodes, qui peuvent comprendre l'examen de tout document d'identité produit par l'enfant, des entretiens avec l'enfant et d'autres personnes, et des examens médicaux.
- Imposer des exigences procédurales strictes si l'évaluation de l'âge a été réalisée par un travailleur social ou un autre fonctionnaire, de manière à ce que l'enfant entende les motifs qui font douter de son âge et reçoive la possibilité de répondre à toute allégation sur la validité de ses documents d'identité ou sur la crédibilité de sa version des circonstances passées.
- Donner à l'enfant la possibilité de faire appel ou de demander une révision judiciaire de toute décision consistant à refuser d'admettre l'âge qu'il a indiqué.
- Établir qu'il incombe aux tribunaux d'évaluer l'âge d'un enfant à la lumière de tous les éléments probants disponibles s'il y a désaccord entre les autorités et l'enfant en question.

Chapitre 3: L'article 3 de la CDE et des solutions durables pour les enfants

Le but ultime de la prise en charge des enfants migrants, en particulier les enfants en situation d'immigration irrégulière et les enfants non accompagnés ou séparés, est de définir une solution durable qui leur permette d'exercer tous leurs droits en la matière et qui réponde à leur intérêt supérieur¹¹⁸. Pour ces enfants, la solution la plus appropriée 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. Étant donné que ces décisions auront probablement un impact fondamental à long terme sur la vie de l'enfant¹¹⁹, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale lors de l'examen de toutes les solutions possibles.

Ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'enfant diffère nécessairement selon le contexte et la situation individuelle de chaque enfant. 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 mieux¹²⁰. Les efforts tendant à définir une solution durable doivent être déployés sans retard¹²¹, mais aussi sans précipitation. Les décideurs doivent prendre tout le temps nécessaire pour déterminer de façon scrupuleuse et exhaustive la solution la plus appropriée pour assurer l'intérêt supérieur de l'enfant à long terme. En attendant que des décisions soient prises sur une solution durable appropriée, l'intérêt supérieur de l'enfant commande que celui-ci reçoive un soutien temporaire adéquat et un statut qui lui permette de séjourner légalement dans le pays d'accueil¹²². De même, comme l'a recommandé l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, aucun enfant ne devrait être privé de l'accès au territoire ni refoulé par une procédure sommaire à la frontière d'un État membre¹²³.

Toutes les options de solution durable doivent être envisagées sur un pied d'égalité et en prenant en considération l'ensemble des droits de l'enfant tels qu'ils sont énoncés dans la CDE et dans d'autres instruments internationaux et régionaux pertinents sur les droits de l'homme en général, le droit humanitaire international, la législation sur les réfugiés et les instruments juridiques souples et contraignants spécifiques aux enfants¹²⁴. Ces dernières années, plusieurs observations, lignes directrices et recommandations ont été adoptées afin d'orienter les paramètres généraux que les décideurs devraient utiliser pour déterminer quelle option constitue la solution durable la plus favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est l'Observation générale n° 6 du Comité des droits de l'enfant qui offre les orientations les plus décisives.

Selon son approche fondée sur les droits, le Comité des droits de l'enfant déclare que la recherche d'une solution durable doit commencer avec l'étude de la possibilité d'une réunification familiale. En effet, l'État a l'obligation, en vertu de l'article 9 de la CDE, de veiller à ce qu'un enfant ne soit pas

¹¹⁸ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 79; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1810 (2011), paragraphe 5.12.

¹¹⁹ *Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, mai 2008, p. 30.

¹²⁰ *Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations*, juillet 2010, paragraphe 25. Ces circonstances et facteurs sont, entre autres, les données générales sur l'enfant (nationalité, éducation, environnement culturel et linguistique, liens affectifs, aptitudes et intérêts), les aspects vulnérables et les besoins particuliers de protection de l'enfant, ainsi que la capacité des adultes désireux de s'occuper de l'enfant. *Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, mai 2008, p. 57.

¹²¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 79.

¹²² Résolution 1810 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, paragraphe 5.13.

¹²³ Résolution 1810 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, paragraphe 5.3.

¹²⁴ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphes 107 à 110.

séparé de ses parents contre son gré¹²⁵. Pour restaurer ou maintenir l'unité de la famille, il peut être nécessaire de renvoyer l'enfant dans son pays d'origine ou dans un pays tiers. Il peut aussi s'avérer nécessaire d'admettre l'enfant dans le pays de destination si ses parents y sont en situation de séjour régulier; cette solution peut même protéger les parents de l'enfant contre toute expulsion du pays d'accueil. 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 dans le pays d'origine ou dans un pays tiers¹²⁶ devrait être évitée s'il existe un risque raisonnable qu'elle débouche sur la violation de droits fondamentaux de l'enfant¹²⁷. Ce risque raisonnable existe si le statut de réfugié a été attribué à l'enfant¹²⁸ ou si les obligations en matière de non-refoulement sont appliquées, par exemple en raison du fait qu'autrement l'enfant serait renvoyé vers les frontières d'un État où il court le risque réel d'être recruté malgré son âge ou d'être amené à participer directement ou indirectement aux hostilités¹²⁹. Selon la recommandation du Comité, 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 santé¹³⁰. En outre, le Comité fait remarquer que si la situation dans le pays d'origine présente des risques moindres, ceux-ci doivent être examinés avec toute l'attention voulue et mis en regard avec les autres considérations liées aux droits, y compris les conséquences d'une prolongation de la séparation de l'enfant avec ses parents¹³¹.

De plus, au moment où le décideur examine si le renvoi dans le pays d'origine répond à l'intérêt supérieur de l'enfant, il doit 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 retour¹³²; les possibilités de prise en charge de l'enfant¹³³; 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 linguistique¹³⁴. Les autres aspects connexes qui devraient être pris en considération sont notamment

¹²⁵ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 79. Idéalement, la réunification se fait avec l'un des parents ou les deux parents. S'il n'est pas possible de réunir l'enfant et ses parents, la réunification avec d'autres membres de la famille est habituellement l'alternative préférée. Voir les *Principes directeurs inter-agences relatifs aux enfants non accompagnés ou séparés de leur famille*, janvier 2004, p. 37. À cet égard, Mailis Reps juge important d'encourager une interprétation plus large du mot «famille» lorsqu'il s'agit d'étudier les possibilités de regroupement familial. Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 106.

¹²⁶ Selon le Comité des droits de l'enfant, la réinstallation dans un pays tiers est dans l'intérêt supérieur de l'enfant uniquement si elle permet une réunification familiale ou s'il s'agit du seul moyen de protéger efficacement et durablement un enfant contre le refoulement ou contre des persécutions ou d'autres violations des droits de l'homme dans le pays de séjour. Observation générale n° 6, paragraphe 92.

¹²⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 82.

¹²⁸ L'attribution du statut de réfugié constitue dès lors un obstacle juridiquement contraignant au retour dans le pays d'origine et, par conséquent à la réunification familiale dans ledit pays (Observation générale n° 6, paragraphe 82).

¹²⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 28.

¹³⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 27.

¹³¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 82.

¹³² À cet égard, le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, recommande de mettre au point des procédures normalisées permettant d'évaluer la situation régnant dans le pays d'origine des enfants migrants avant de décider de les rapatrier. Voir le *Rapport sur les droits de l'homme des travailleurs migrants* soumis au Conseil des droits de l'homme de l'ONU par le Rapporteur spécial Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 mai 2009, paragraphe 101. De même, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé qu'un organe professionnel de la protection de l'enfance évalue les conditions de retour de l'enfant, et qu'un plan de suivi soit élaboré pour s'assurer de la protection de l'enfant après son retour. Résolution 1810 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, paragraphe 5.15.

¹³³ En l'absence de possibilité de prise en charge par des proches parents ou des membres de la famille élargie, le retour d'un enfant dans son pays d'origine ne devrait en principe pas être organisé sans avoir au préalable mis en place un dispositif sûr et concret de prise en charge et défini les responsabilités en matière de garde à son retour dans le pays d'origine (Observation générale n° 6, paragraphe 85).

¹³⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 84.

le risque d'exposition de l'enfant aux sévices et à l'exploitation sexuels, 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 spéciaux¹³⁵.

Lorsqu'un retour dans le pays d'origine est envisagé, d'autres considérations peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, primer sur l'intérêt supérieur de l'enfant, pour autant qu'elles soient en rapport avec les droits. Ce cas peut se poser si l'enfant représente un risque grave pour la sécurité de l'État ou de la société. Toutefois, les arguments non liés aux droits, tels que ceux relatifs au contrôle général des migrations, ne peuvent l'emporter sur l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁶. En particulier, comme recommandé par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, un enfant ne devrait jamais subir d'expulsion à titre de sanction pour une situation irrégulière au regard des lois sur l'immigration¹³⁷.

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. 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 pays¹³⁸. Néanmoins, comme l'a souligné le Programme en faveur des enfants séparés en Europe, la résidence temporaire n'est pas une solution durable et ne doit être accordée qu'à titre de réponse administrative, qui cessera dès que l'enfant atteindra l'âge de 18 ans¹³⁹. Si l'enfant est non accompagné ou séparé, les autorités compétentes devraient déterminer les dispositions à long terme appropriées, par exemple un placement en famille d'accueil, en home d'accueil ou une adoption¹⁴⁰, cela au sein de la communauté locale afin de faciliter l'intégration de l'enfant, en gardant à l'esprit que le placement en institution ne devrait constituer qu'une option de dernier recours¹⁴¹. Selon les articles 9 et 10 de la CDE, le pays d'accueil est en outre appelé à considérer les demandes de réunification familiale dans un esprit positif, avec humanité et diligence¹⁴².

¹³⁵ *Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, mai 2008, p. 65. En dépit de l'importance accordée à la qualité des services d'éducation et de santé, les principes directeurs du HCR précisent que l'accès à des services de santé ou d'éducation de meilleure qualité ne devrait normalement pas être prioritaire par rapport à la possibilité de réunification familiale ou de maintien de la continuité culturelle. «Dans certaines circonstances, par exemple si l'accès à l'éducation supérieure est indispensable aux besoins de développement d'un adolescent, l'éducation pourrait être considérée comme un facteur dominant. Néanmoins, pour respecter l'intérêt supérieur de l'enfant, il sera fait en sorte que l'accès à l'éducation lui permette de ne pas altérer ses liens avec sa famille et sa culture.» (p. 75).

¹³⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 86.

¹³⁷ Rapport soumis au Conseil des droits de l'homme de l'ONU par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 mai 2009, paragraphe 43.

¹³⁸ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 89.

¹³⁹ Le Programme en faveur des enfants séparés en Europe, dans sa Déclaration de bonne pratique, recommande donc que les individus qui sont arrivés en tant que mineurs et ont été autorisés à rester pour des raisons humanitaires ou par compassion ou ont reçu un autre type de statut temporaire qui expire à l'âge de 18 ans soient traités avec générosité lorsqu'ils atteignent la majorité et qu'il soit tenu pleinement compte de leur vulnérabilité potentielle. Programme en faveur des enfants séparés en Europe, *Déclaration de bonne pratique*, 4^e édition, 2009, p. 39. De même, Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, a recommandé qu'au moment de décider si l'enfant pourra ou non légalement rester après sa majorité, on prenne en compte comme élément clé son potentiel d'intégration à long terme dans la communauté locale. Elle a également recommandé d'établir un «âge tampon» entre l'âge de la majorité et l'âge où une solution est trouvée, ce qui permettrait au jeune – au moins pendant une période de temps précise – de poursuivre des études ou une formation, ou de se lancer sur le marché de l'emploi au même titre que la population nationale. Exposé des motifs du Rapport *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphes 93 et 94.

¹⁴⁰ L'adoption peut aussi être considérée comme une solution durable favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant, pour autant qu'elle se fasse dans le respect de l'article 21 de la CDE et des autres instruments internationaux, en particulier la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Il importe d'avoir établi que l'enfant est adoptable, ce qui signifie, entre autres, que les efforts menés en vue de retrouver sa famille et de procéder à une réunification familiale n'ont pas abouti ou que les parents ont consenti à l'adoption. L'opinion de l'enfant, eu égard à son âge et à son degré de maturité, devrait être recueillie et être prise en considération dans toute procédure d'adoption. La priorité doit être accordée à l'adoption par des parents dans le pays de résidence. Quand cette option est inexistante, la préférence doit aller à l'adoption dans la communauté dont est originaire l'enfant ou, pour le moins, par des personnes de même culture (paragraphe 91).

¹⁴¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 90.

¹⁴² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 83.

Concernant la mise en œuvre de solutions durables dans le pays d'accueil, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés¹⁴³. Les projets de vie sont des plans individuels qui tiennent compte de la situation spécifique de chaque enfant et comportent des objectifs individualisés et évolutifs que le mineur s'engage à respecter. Les projets de vie visent à développer les capacités de l'enfant en lui permettant d'acquérir et de renforcer les compétences nécessaires pour devenir indépendant, responsable et actif au sein de la société. Ils poursuivent des objectifs relatifs à l'insertion sociale de l'enfant, à l'épanouissement personnel, au développement culturel, au logement, à la santé, à l'éducation et à la formation professionnelle et à l'emploi. Selon Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, du Conseil de l'Europe, la première phase pilote de mise en œuvre des projets de vie dans huit États membres, menée à terme en 2010 par le Comité européen sur les migrations (CEMG), laisse à penser qu'ils constituent un moyen de garantir des solutions durables¹⁴⁴.

A. LES DIFFICULTÉS POUR TROUVER DES SOLUTIONS DURABLES EN EUROPE

L'Union européenne et ses États membres sont souvent critiqués pour l'insistance avec laquelle ils privilégient le retour des enfants migrants dans leur pays d'origine par rapport aux autres options. On a envisagé de créer une «présomption à l'échelle de l'UE»¹⁴⁵ selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant est de retourner dans son pays d'origine. Comme l'a noté Mailis Reps, les États adoptent souvent le point de vue selon lequel, en l'absence de demande d'asile, il est quasi systématiquement dans l'intérêt supérieur de l'enfant de réintégrer sa famille; en d'autres termes, ils ne voient pas la nécessité de mener une évaluation approfondie des besoins de l'enfant¹⁴⁶. Le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, regrette que la directive de l'UE sur le retour, bien que prévoyant quelques mesures de protection particulières, autorise l'expulsion d'enfants migrants dans les mêmes conditions que celle des adultes, et qu'elle adopte une «approche fondée sur la répression» plutôt qu'une «approche fondée sur la protection»¹⁴⁷. Quant aux enfants migrants qui sont accompagnés, ils font souvent les frais de la situation d'immigration irrégulière de leurs parents et sont expulsés sur cette base, sans aucune évaluation individuelle¹⁴⁸.

Des inquiétudes sont suscitées en particulier par les intentions récentes de certains États membres de l'UE, tels que le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et le Royaume-Uni, d'ouvrir des centres d'accueil dans les pays d'origine, comme l'Angola, l'Afghanistan et l'Iraq, afin de faciliter des retours massifs d'enfants ainsi que d'adultes¹⁴⁹. Ces pays restent fragiles, déchirés par des conflits et sont confrontés à des difficultés énormes pour mettre en place des systèmes de protection des enfants; quand des systèmes rudimentaires sont en place, des difficultés considérables empêchent encore de les rendre fonctionnels. Il est fort à craindre que les systèmes d'accueil de ces pays ne

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 116.

¹⁴⁵ Comme en a fait état Human Rights Watch, en février 2010, le gouvernement britannique a distribué, pendant un atelier tenu à Bruxelles, un document de politique sur les enfants non accompagnés qui préconisait l'établissement d'une «présomption à l'échelle de l'UE» selon laquelle le retour dans le pays d'origine correspondait à l'intérêt supérieur de l'enfant. Voir <http://www.hrw.org/news/2010/06/04/eu-defer-hasty-returns-migrant-children-0> [29.10.2011].

¹⁴⁶ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 98.

¹⁴⁷ Rapport soumis au Conseil des droits de l'homme de l'ONU par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante, A/HRC/11/7, 14 mai 2009, paragraphe 57.

¹⁴⁸ *Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations*, juillet 2010, p. 9.

¹⁴⁹ Christine Mougne, *Les arbres ne bougent pas sans vent: une étude sur les enfants afghans non accompagnés en Europe*, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, PDES/2010/05, juin 2010, paragraphes 231 et 232.

soient pas en mesure de fournir une prise en charge et une protection adéquates et que les enfants disparaissent des institutions et tentent à nouveau d'entreprendre des voyages dangereux¹⁵⁰.

Au moment d'envisager le renvoi d'un enfant dans son pays d'origine, il y a une tension manifeste entre, d'une part, le désir de l'État de maintenir un contrôle efficace de l'immigration en faisant repartir les personnes arrivées illégalement sur son territoire et, d'autre part, l'obligation imposée par le droit international à cet État de trouver une solution qui serve l'intérêt supérieur de l'enfant, une obligation qui peut commander à l'État d'autoriser l'enfant à rester sur son territoire ou de reporter son renvoi jusqu'à ce que toutes les mesures aient été mises en place pour assurer un retour en toute sécurité¹⁵¹. Bien que les critères généraux à appliquer pour déterminer si l'expulsion est dans l'intérêt supérieur de l'enfant soient bien définis, leur mise en œuvre continue à dépendre largement du degré d'effort, d'engagement et de ressources que les États membres sont disposés à investir pour s'assurer qu'un enfant est renvoyé en toute sécurité et que son intérêt supérieur est servi¹⁵².

Même si, de par la loi, tous les enfants entrés sur le territoire d'un État membre de l'UE ont accès à la procédure d'asile, dans la pratique, toutefois, certains enfants n'accèdent jamais à cette procédure en raison d'obstacles pratiques ou juridiques¹⁵³. De plus, bien que le concept de persécution spécifique aux enfants ait été reconnu dans le cadre juridique de l'UE et transposé dans la législation nationale des pays européens, rares sont les pays qui ont adopté des directives permettant d'aider les décisionnaires à apprécier les demandes de protection des enfants, et la persécution spécifique à l'enfance n'est pas assez prise en compte dans la pratique¹⁵⁴.

De même, bien que le regroupement familial soit recommandé et considéré comme un moyen possible de faire venir ultérieurement dans le pays d'accueil les autres membres de la famille d'un mineur non accompagné ou séparé, tout laisse à penser que les demandes de regroupement familial déposées par un mineur non accompagné ou séparé après qu'il a obtenu le statut de réfugié sont peu nombreuses¹⁵⁵. Les réglementations sont devenues plus restrictives, divers pays ayant imposé de nouvelles conditions qui rendent le regroupement familial plus difficile. Ces restrictions s'inspirent du postulat selon lequel le regroupement devrait avoir lieu dans le pays d'origine¹⁵⁶.

Il a été souligné que les enfants reçoivent souvent 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. Les États membres de l'UE ont des pratiques diverses concernant le passage à l'âge adulte mais, dans la plupart des cas, l'atteinte de l'âge de 18 ans enclenche des mesures d'expulsion qui ne tiennent plus compte d'une grande partie ou de la totalité des dispositions de protection associées aux enfants. Il arrive aussi que le jeune soit livré à lui-même en restant dans le pays d'accueil soit illégalement, soit, comme c'est souvent le cas, sans statut clair ou droits légaux¹⁵⁷. En particulier, 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

¹⁵⁰ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphes 100 et 101.

¹⁵¹ Étude commandée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le thème de la protection des droits et des besoins spécifiques des mineurs immigrants irréguliers et des enfants demandeurs d'asile, avril 2008, p. 3.

¹⁵² Étude commandée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le thème de la protection des droits et des besoins spécifiques des mineurs immigrants irréguliers et des enfants demandeurs d'asile, avril 2008.

¹⁵³ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 60.

¹⁵⁴ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphes 66 et 67.

¹⁵⁵ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 80.

¹⁵⁶ *Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations*, juillet 2010, paragraphe 61.

¹⁵⁷ Étude commandée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le thème de la protection des droits et des besoins spécifiques des mineurs immigrants irréguliers et des enfants demandeurs d'asile, avril 2008; Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphes 83 à 85.

l'irrégularité¹⁵⁸. Par conséquent, un grand nombre d'enfants non accompagnés ou séparés qui ont été placés en institution «disparaissent» 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 traitements¹⁵⁹.

Un grand nombre de ces préoccupations ont été examinées au cours des débats du colloque judiciaire. Johannes Wedening, représentant de l'UNICEF, a raconté qu'il avait assisté au rapatriement d'enfants ashkalis depuis l'Allemagne jusqu'au Kosovo et a indiqué que, après leur retour au pays, 75 % des enfants n'allaient plus à l'école et que la pauvreté de leur famille était encore plus grave que celle des familles qui n'avaient jamais quitté le Kosovo. Il a souligné l'importance des rapports de suivi concernant les conditions dans lesquelles vivent les enfants après le retour et regretté que, malgré les recommandations des organisations et agences internationales, le suivi et le réexamen des modalités de prise en charge n'étaient en pratique que très rarement réalisés dans le pays de retour ou de réinstallation.

Toujours lors du colloque judiciaire, on a déploré que, très souvent, des enfants soient rapatriés avec leur famille pour des motifs liés à celle-ci, sans aucune évaluation individuelle de l'intégration – indépendante de celle des membres adultes de la famille – de ces enfants dans le pays d'accueil. Marianne Rootring, juge à la Cour de La Haye, a cependant évoqué une récente décision du Secrétaire d'État néerlandais qui contredit la tendance générale. En effet, ce dernier a refusé le rapatriement de deux jeunes filles afghanes en Afghanistan au motif que, au vu du nombre d'années de séjour de celles-ci aux Pays-Bas, elles étaient mieux intégrées à la société néerlandaise qu'à la société afghane. Au sujet de la prise en considération du nombre d'années de séjour comme indicateur de l'intégration à la société du pays d'accueil, Kirsten Sandberg, membre du Comité des droits de l'enfant, a fait remarquer que les enfants avaient une notion du temps différente des adultes et a affirmé qu'une période de trois ans ou moins devrait être jugée suffisante pour la bonne intégration d'un enfant.

Comme l'a résumé Jan Jarab, représentant régional du HCNUDH, il est nécessaire, d'une part, d'évaluer séparément le degré d'intégration des parents et des enfants afin de ne pas confondre les intérêts de l'enfant avec les données générales de sa famille et, d'autre part, d'avoir à l'esprit que le temps s'écoule différemment pour les enfants et pour les adultes. En outre, l'intégration de l'enfant devrait être considérée comme un motif pour permettre à la famille de rester.

B. JURISPRUDENCE NATIONALE

La nécessité de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant est l'argument le plus souvent invoqué devant et par les tribunaux nationaux lorsqu'il s'agit de déterminer la légalité de décisions administratives qui refusent d'accorder l'asile ou un titre de séjour temporaire à un enfant et ordonnent l'expulsion d'enfants non accompagnés ou séparés ou d'adultes qui ont des enfants à charge vivant dans le pays d'accueil. En règle générale, les enfants non accompagnés ou séparés ne peuvent être renvoyés vers leur pays d'origine, à moins que des dispositions adéquates y soient en place pour leur prise en charge. Comme nous l'avons vu plus haut, les autorités administratives nationales ne se conforment pas toujours à cette règle. Les tribunaux nationaux n'évaluent normalement pas eux-mêmes les conditions applicables dans le pays d'origine. En outre, dans la plupart des cas, la participation du système judiciaire se limite à déterminer si les autorités administratives ont réalisé une évaluation qui a pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le renvoi d'un enfant dans son pays d'origine est jugé illégal si les autorités administratives 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

¹⁵⁸ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne*, rapport comparatif, 2011.

¹⁵⁹ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 86.

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 prise en considération.

Les tribunaux nationaux sont sensibles à l'importance de la recherche d'une solution durable pour l'enfant migrant et tendent à accorder la priorité à la réunification avec ses parents biologiques (dans le pays d'origine ou le pays de destination) si les parents s'avèrent capables d'exercer leurs devoirs parentaux en élevant leur enfant dans un environnement familial approprié et en prenant soin de répondre aux besoins de l'enfant. Une décision de réunification peut déterminer l'admission de l'enfant dans le pays de destination où ses parents sont en séjour régulier, le renvoi de l'enfant vers son pays d'origine en même temps que ses parents ou pour les y rejoindre, ainsi que la protection des parents contre l'expulsion si cette mesure est jugée nuisible à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Des références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont fréquemment faites dans ce contexte, en particulier concernant le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 de la CEDH). L'arrêt rendu par la CouEDH dans l'affaire *Boultif contre Suisse*¹⁶⁰ est souvent cité pour souligner la nécessité de confirmer qu'il existe une véritable vie familiale et que le parent en instance d'expulsion contribue effectivement à l'assistance et à l'éducation de l'enfant en question. Les tribunaux maintiennent catégoriquement que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant à vivre dans un environnement familial approprié qui justifie que l'on s'écarte des règles générales, et non l'intérêt que le parent a à rester dans le pays. On trouve dans de nombreux jugements l'expression d'une préoccupation selon laquelle des parents pourraient utiliser leurs enfants pour obtenir des titres de séjour qui autrement ne leur seraient pas accordés.

1. Belgique

Aux termes de la Loi sur les étrangers de 1980 (*Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*), les enfants et les adultes migrants qui arrivent sans papiers aux frontières belges peuvent se voir refuser l'accès au territoire et en être éloignés. Toutefois, les enfants migrants non accompagnés bénéficient, depuis 2004¹⁶¹, d'une protection spéciale et ne sont éloignés du territoire que si une évaluation approfondie de leur situation a été réalisée par l'Office des étrangers ou par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides et, même dans ce cas, uniquement si le tuteur attribué à l'enfant conclut que le renvoi dans le pays d'origine ou un pays tiers constitue une solution durable¹⁶².

Après avoir été intercepté à la frontière ou sur le territoire, chaque enfant migrant non accompagné est confié au Service des tutelles, qui désigne un tuteur chargé d'assister l'enfant dans toutes les procédures légales et de veiller à ce que les autorités trouvent une solution durable pour l'enfant dans son intérêt supérieur¹⁶³. L'enfant est d'abord placé provisoirement dans un Centre d'orientation et d'observation pour une période de 15 jours, avec une possibilité de renouveler cette période pour 5 jours. Si l'enfant a été intercepté à la frontière, son séjour au Centre d'observation est considéré comme «à la frontière». Ce n'est que si l'expulsion ne se produit pas dans ce délai de 20 jours que l'enfant sera autorisé à accéder au territoire¹⁶⁴. L'enfant reçoit alors un document de séjour temporaire pour la durée de la procédure de demande d'asile ou de séjour. L'enfant peut demander un statut de réfugié ou une protection subsidiaire, une protection en tant que victime de traite des êtres humains ou une autorisation de séjour au titre de la procédure spécifique instituée par la Circulaire du 15 septembre 2005 relative à la protection des mineurs non accompagnés dont les demandes de séjour introduites à d'autres titres, comme l'asile, la protection en tant que victime de

¹⁶⁰ Affaire *Boultif contre Suisse*, requête n° 54273/00, arrêt du 02.08.2001.

¹⁶¹ Cette protection est prévue par la Loi sur la tutelle (Loi-programme du 24 décembre 2002, modifiée par la Loi-programme du 27 décembre 2004).

¹⁶² Rapport sur la Belgique pour l'étude comparative du REM, *Mineurs non accompagnés en Belgique. Modalités d'accueil, de retour et d'intégration*, juillet 2009, p. 54.

¹⁶³ Rapport sur la Belgique pour l'étude comparative du REM, *Mineurs non accompagnés en Belgique. Modalités d'accueil, de retour et d'intégration*, juillet 2009, p. 6.

¹⁶⁴ Rapport sur la Belgique pour l'étude comparative du REM, *Mineurs non accompagnés en Belgique. Modalités d'accueil, de retour et d'intégration*, juillet 2009, p. 54.

traite des êtres humains ou la régularisation, seraient rejetées ou ont été rejetées¹⁶⁵. Si l'enfant ne répond pas aux conditions de la Circulaire, il peut également introduire une demande de régularisation sur la base de l'article 9bis (motifs exceptionnels) ou de l'article 9ter (raisons médicales) de la Loi sur les étrangers¹⁶⁶.

Les décisions de l'Office des étrangers et du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, ainsi que les décisions prises en application de la Loi sur les étrangers peuvent faire l'objet d'un appel à déposer devant le Conseil du contentieux des étrangers, un tribunal administratif qui, en 2007, a repris au Conseil d'État la compétence juridique pour statuer sur les affaires afférentes aux étrangers. Le Conseil du contentieux détient un pouvoir de plein contentieux sur les décisions prises par le Commissariat général concernant l'octroi du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire et est donc compétent pour prendre des décisions à sa place. Pour ce qui concerne toutes les autres décisions prises en application de la Loi sur les étrangers, le Conseil du contentieux peut uniquement les annuler puis renvoyer l'affaire au décideur initial afin que celui-ci prenne une nouvelle décision¹⁶⁷.

Dans son abondante jurisprudence, le Conseil du contentieux a eu l'occasion de traiter de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il a dû choisir entre autoriser un enfant à rester en Belgique ou le renvoyer dans son pays d'origine. Il ne l'a cependant pas fait en référence à la CDE, car il estime que l'article 3 et d'autres dispositions de la CDE ne sont pas directement applicables aux affaires sur lesquelles il statue. Le Conseil du contentieux considère que l'esprit, le contenu et les termes des articles 2, 3, 9, 28 et 29 de la CDE ne sont pas suffisamment précis ou complets pour être applicables sans nécessiter de réglementation supplémentaire et que, par conséquent, les requérants ne peuvent pas utilement invoquer la violation directe de ces dispositions¹⁶⁸. L'article 3, en particulier, qui contient une disposition très générale, ne peut pas être interprété de manière à exclure l'application des règles de procédure prévues par la Loi sur les étrangers. De plus, même les dispositions plus précises de la CDE, comme les articles 5, 7, 10, 8 et 16, ne sont pas suffisantes pour servir de base à un recours et ne dispensent pas le requérant d'invoquer les dispositions pertinentes de la législation nationale¹⁶⁹. Il convient toutefois de mentionner que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est inscrit dans plusieurs dispositions de la Loi sur les étrangers, notamment les articles 10ter, 12bis et 61/2, ainsi qu'à l'article 2 de la Loi sur la tutelle, qui stipule que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans toute décision relative à un enfant non accompagné.

Arrêt n° 8230 du Conseil du contentieux des étrangers du 29.02.2008

Le Conseil du contentieux des étrangers a accordé un appel introduit selon la procédure d'urgence par le tuteur d'un enfant de nationalité albanaise afin de suspendre l'exécution d'un ordre d'expulser cet enfant du territoire belge et de le mettre en détention en attendant son départ. L'enfant avait été confié au Service des tutelles du fait qu'il pouvait être un enfant non accompagné en situation d'immigration irrégulière, à la suite de quoi le Service des tutelles lui avait assigné un tuteur. Sur ordre du ministre de l'Intérieur, la commune de Liège avait accordé à l'enfant une déclaration d'arrivée, qui permettait à celui-ci de rester dans le pays pour une période de trois mois. Cette période avait ensuite été étendue jusqu'à la date où l'enfant atteindrait l'âge de 18 ans.

Environ un mois avant l'expiration de la déclaration d'arrivée, le ministre de l'Intérieur avait ordonné que l'enfant soit expulsé du territoire et qu'il soit détenu à cet effet. Le lendemain, le requérant et son tuteur avaient reçu du Service des tutelles une notification selon laquelle il fallait soumettre le requérant à un examen médical pour vérifier qu'il avait moins de 18 ans. Le Service des tutelles avait

¹⁶⁵ Cette procédure spéciale vise à trouver une solution durable pour tous les mineurs non accompagnés qui l'entament. Ensemble, le Bureau des étrangers et le tuteur de l'enfant étudient les options possibles: regroupement familial en Belgique, retour de l'enfant dans son pays d'origine ou séjour illimité en Belgique. Si, après trois ans, aucune solution durable n'a encore été trouvée et si l'enfant répond aux conditions fixées par le Bureau des étrangers (par ex. il suit des cours ou il présente des documents d'identité), un permis de séjour à durée illimitée peut être délivré. *Rapport sur la Belgique pour l'étude comparative du REM, Mineurs non accompagnés en Belgique. Modalités d'accueil, de retour et d'intégration*, juillet 2009, p. 7.

¹⁶⁶ *Rapport sur la Belgique pour l'étude comparative du REM, Mineurs non accompagnés en Belgique. Modalités d'accueil, de retour et d'intégration*, juillet 2009, p. 7.

¹⁶⁷ Voir <http://www.cce-rvv.be/rvv/index.php/fr/readmoremission/57-de-raad-voor-vreemdelingenbetwistingen> [09.09.2011].

¹⁶⁸ Conseil du contentieux des étrangers, *Rapport Annuel 08-09*, p. 70.

¹⁶⁹ Conseil du contentieux des étrangers, *Rapport Annuel 08-09*, p. 70 et 71.

finalement conclu à la minorité du requérant mais, entre-temps, l'Office des étrangers, sans attendre les résultats de cet examen médical, avait tenté d'expulser l'enfant.

Le Conseil du contentieux des étrangers a déploré le comportement de l'Office des étrangers et estimé qu'il existait des motifs sérieux justifiant l'annulation de la décision d'expulser le requérant. Il a noté que ce dernier avait affirmé que son expulsion le forcerait à interrompre ses études, avec la conséquence qu'il échouerait à ses examens et ne terminerait pas l'année scolaire. Le requérant avait également affirmé qu'il n'avait pas de famille pour l'aider dans son pays d'origine et qu'aucune disposition n'avait été prise pour garantir la présence d'un ami ou d'une autre personne susceptible de l'aider. En soulevant cette question, le Conseil du contentieux a fait référence à la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle le renvoi d'un enfant dans de telles circonstances constituait un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH. Le Conseil du contentieux a estimé que le requérant avait établi l'existence d'un risque de préjudice grave et irréversible. En effet, l'exécution de l'ordre d'expulsion aurait entraîné pour le requérant, un enfant, le retour dans son pays d'origine sans bénéficier de l'accompagnement de son tuteur et des garanties minimales quant à son accueil en Albanie.

Arrêt n° 53321 du Conseil du contentieux des étrangers du 17.12.2010

Le Conseil du contentieux a rejeté un recours introduit par la tutrice d'une enfant d'origine turque contre une décision visant à expulser cette enfant de Belgique. L'enfant avait demandé un visa à titre de regroupement familial afin de rejoindre sa tante et son oncle en tant que parents adoptifs en Belgique. Cette demande avait été rejetée au motif que l'adoption n'était pas reconnue par l'autorité belge compétente. L'enfant s'était néanmoins rendue en Belgique où, à son arrivée, le Service des tutelles lui avait accordé le statut d'enfant non accompagné et désigné une tutrice. Celle-ci avait demandé et obtenu en son nom une déclaration d'arrivée, valable trois mois.

L'enfant avait été entendue par l'administration, qui avait conclu que le souhait de l'enfant de rejoindre sa tante ne correspondait à aucune des situations prévues par la Circulaire du 15 septembre 2005 et qu'elle devrait être renvoyée dans son pays d'origine, dans la mesure où ses parents y vivaient encore. Selon l'administration, l'intérêt supérieur de l'enfant était de rejoindre ses parents en Turquie dès que possible. La requérante avait affirmé que son adoption par sa tante et son oncle était justifiée par la pauvreté extrême dans laquelle vivait sa famille biologique. En outre, elle avait affirmé que l'administration n'avait pas honoré son obligation légale de rechercher une solution durable favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant en effectuant une évaluation approfondie, fondée sur des données crédibles, de son intérêt supérieur avant de prendre la décision du renvoi dans le pays d'origine.

Le Conseil du contentieux a toutefois conclu que l'administration avait bien pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant et légitimement conclu que la solution durable la plus favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant était le retour dans son pays d'origine, où vivaient ses parents. Le Conseil du contentieux a rejeté l'allégation selon laquelle l'enfant serait confrontée à des conditions de vie très précaires au motif que l'enfant, dans son témoignage, avait simplement déclaré que la situation financière de ses parents «n'était pas brillante». Il a également noté que le témoignage de la requérante indiquait que celle-ci était en contact téléphonique régulier avec ses parents et que son père travaillait dans une usine.

Le Conseil du contentieux a rejeté l'argument de la tutrice selon lequel l'enfant était bien intégrée en Belgique et qu'elle considérait sa tante et son oncle comme ses parents. Il a jugé cet argument négligeable car les parents naturels de l'enfant étaient vivants et se souciaient manifestement de son avenir. Il a conclu que l'administration répondante avait agi correctement en estimant qu'il y avait des garanties suffisantes que l'enfant serait accueillie et aidée par ses parents naturels dans son pays d'origine et que son intérêt supérieur était de les y rejoindre. Le Conseil du contentieux a ajouté que l'article 8 de la CEDH ne protège qu'une série limitée de formes de vie familiale, qui ne peut qu'exceptionnellement être étendue au-delà de la cellule familiale biologique. Par conséquent, du fait que l'enfant pouvait être réunie avec les personnes qui, en vertu du droit belge, étaient ses parents, l'administration répondante avait honoré ses obligations découlant des dispositions de l'article 8.

Concernant les articles 3 et 27 (droit à un niveau de vie suffisant) de la CDE, le Conseil du contentieux des étrangers a indiqué que ces dispositions n'étaient pas directement applicables et ne

conféraient pas d'elles-mêmes des droits subjectifs pouvant être invoqués directement par les requérants devant les autorités administratives ou judiciaires nationales.

Arrêt n° 58112 du Conseil du contentieux des étrangers du 18.03.2011

Le Conseil du contentieux des étrangers a accordé un appel introduit par le tuteur d'un enfant de nationalité afghane contre une décision de lui refuser une déclaration d'arrivée. Cet enfant avait été intercepté par la police, suite à quoi l'Office des étrangers avait émis un ordre d'expulsion à son encontre. Sans quitter la Belgique, l'enfant avait demandé une déclaration d'arrivée en vertu de la Circulaire du 15 septembre 2005, mais l'administration avait refusé de réévaluer son cas et maintenu sa décision d'expulsion initiale.

L'administration avait justifié son refus par le fait que l'enfant ne répondait pas aux conditions établies par la Circulaire du 15 septembre 2005 puisque sa mère l'avait laissé quitter l'Afghanistan en choisissant délibérément de ne pas l'accompagner. Les parties avaient admis que la mère du requérant résidait en Afghanistan, où elle s'occupait de ses autres enfants. Par conséquent, l'administration avait conclu qu'il y avait une garantie que l'enfant serait correctement accueilli et pris en charge dans son pays d'origine. L'administration avait souligné le fait que la mère exerçait l'autorité parentale sur l'enfant et assumait ses devoirs et responsabilités à ce titre. Elle a rejeté, le jugeant hors de propos au sens de la Circulaire, l'argument selon lequel l'enfant montrait un comportement exemplaire et fréquentait avec régularité un établissement scolaire en Belgique. L'administration avait conclu que, même si la famille de l'enfant vivait dans des conditions modestes, l'intérêt supérieur de celui-ci exigeait son renvoi dans pays d'origine avec l'assistance des autorités compétentes.

Devant le Conseil du contentieux des étrangers, le requérant avait indiqué que, selon son tuteur, une solution durable exigeait qu'il se voie accorder, au moins pour une période initiale, un permis de séjour en Belgique. Il avait argumenté qu'une décision concernant une solution durable ne pouvait se prendre sans tenir compte de son droit d'accès à l'enseignement et du fait qu'il n'allait pas et ne pourrait pas aller à l'école en Afghanistan en raison de l'instabilité de la situation dans ce pays, comme en attestent de nombreux rapports internationaux sur l'éducation des enfants en Afghanistan. Le requérant avait en outre fait remarquer que la décision administrative en question était fondée sur des suppositions et non des certitudes, ce qui était incompatible avec l'obligation formelle de l'État en matière de protection des enfants. De plus, il avait déclaré avoir quitté l'Afghanistan deux ans auparavant et n'avoir depuis lors plus reçu de nouvelles sur la situation de sa mère. Étant donné que l'Afghanistan était un pays en état de guerre, l'administration ne pouvait pas être certaine que, deux ans plus tard, la mère du requérant vivait encore au même endroit et s'occupait encore de ses autres enfants. Enfin, le requérant avait affirmé que l'administration n'avait pas pris en considération les demandes qu'il avait introduites au service Tracing de la Croix-Rouge afin de retrouver sa famille. Le Conseil du contentieux des étrangers a fondé son arrêt sur ce seul fait. En effet, le fait que l'administration n'ait pas retrouvé la famille de l'enfant dans un pays en état de guerre et n'ait pas attaché d'importance aux efforts de l'enfant pour retrouver sa mère était un motif suffisant pour annuler la décision administrative contestée.

2. France

D'après le Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, les enfants migrants ne sont pas tenus d'avoir un permis de séjour pour résider en France. Toutefois, s'ils sont accompagnés de leurs parents, ils ont le même statut que ceux-ci et peuvent donc se voir refuser l'accès au territoire et subir une expulsion si leurs parents sont en situation d'immigration irrégulière. Cette règle s'applique aux enfants et à leurs parents interceptés à la frontière mais aussi à ceux qui se trouvent déjà sur territoire français¹⁷⁰. Les enfants migrants non accompagnés interceptés aux frontières aériennes, ferroviaires ou maritimes peuvent se voir refuser l'autorisation d'entrer en France

¹⁷⁰ Rapport soumis par la CNCDH au HCNUDH sur la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations internationales, pp. 3 et 4.

et être expulsés si leur passeport ne porte pas le visa requis. Toutefois, dès qu'ils entrent sur le territoire, ils bénéficient de la protection des réglementations sur le bien-être des enfants et ne peuvent, en principe, plus être expulsés¹⁷¹.

Tout enfant migrant non accompagné à qui l'on interdit d'entrer en France est placé dans une zone d'attente et se voit désigner un administrateur ad hoc, qui assiste et représente l'enfant dans toutes les procédures administratives et judiciaires relatives à son maintien dans la zone d'attente et à sa demande d'admission en France¹⁷². L'enfant peut demander l'asile, la réunification familiale ou l'admission en tant que mineur en danger¹⁷³. Le temps passé par l'enfant dans la zone d'attente devrait être limité au minimum nécessaire pour organiser le retour de l'enfant vers son pays d'origine ou, si l'enfant introduit une demande d'asile, pour déterminer si cette demande n'est pas manifestement infondée. La présence de l'enfant dans la zone d'attente ne peut en principe dépasser 48 heures, mais cette période peut faire l'objet d'un seul renouvellement administratif et être prolongée, par décision de justice, pour une période de huit jours et, en cas de circonstances exceptionnelles, d'une nouvelle période de huit jours. Lorsque cette période s'achève, l'enfant est autorisé à entrer sur le territoire.

Tout enfant migrant non accompagné ou séparé qui introduit une demande d'asile a le droit de déposer un recours à effet suspensif contre toute décision administrative qui lui refuse l'admission sur le territoire. Ce recours n'est toutefois pas autorisé aux autres enfants migrants, qui peuvent, dès leur arrivée, être renvoyés immédiatement dans leur pays d'origine¹⁷⁴. Le Comité des droits de l'enfant s'est dit préoccupé par la situation des enfants migrants non accompagnés placés dans les zones d'attente des aéroports français, notant en particulier que ces enfants sont souvent renvoyés vers des pays où ils risquent d'être exploités, sans que leur situation ait été véritablement évaluée¹⁷⁵. De plus, le regroupement familial est rendu de plus en plus difficile¹⁷⁶ et, malgré l'arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2004, selon lequel une décision prise par les autorités locales visant à empêcher un enfant d'entrer en France pour rejoindre ses parents *kafalah* enfreignait le droit à la vie privée et familiale, l'institution de la *kafalah*¹⁷⁷ reste souvent négligée par l'administration dans le contexte des procédures de regroupement familial¹⁷⁸.

Comme nous l'avons vu plus haut, les enfants non accompagnés partagent le statut d'immigration de leurs parents et peuvent se voir refuser l'accès au territoire et subir une expulsion si leurs parents sont en situation irrégulière. Lorsque la famille est interceptée alors qu'elle est déjà sur le territoire français, un argument souvent avancé par les parents est que, puisque leurs enfants fréquentent l'école et que leur intérêt supérieur est de poursuivre des études en France, un titre de séjour devrait leur être accordé. Dans une circulaire émise en 2006, le ministre français de l'Intérieur a recommandé aux autorités municipales d'accorder un titre de séjour aux familles dont au moins un enfant fréquente un établissement scolaire. Les autorités municipales françaises ont toutefois argumenté que l'intégration de l'enfant en France ne faisait pas obstacle à ce que la famille puisse recomposer sa

¹⁷¹ Les enfants migrants non accompagnés peuvent être renvoyés dans leur pays d'origine sur décision d'un tribunal de la jeunesse si le juge estime que ce retour est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Rapport sur la France pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 4, 7 et 8.

¹⁷² Rapport sur la France pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 8.

¹⁷³ France Terre d'Asile, Rapport alternatif présenté au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, extrait en anglais, juin 2008, pp. 3 et 4.

¹⁷⁴ Rapport minoritaire soumis par l'ANAFE au Comité des droits de l'homme, *Rapport alternatif présenté au Comité des droits de l'homme en vue de l'examen du quatrième rapport périodique de la France dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 93^e session du 7 au 25 juillet 2008, pp. 9 à 11; France Terre d'Asile, Rapport alternatif présenté au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, extrait en anglais, juin 2008, pp. 7 et 8.

¹⁷⁵ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la France, CDE/C/FRA/CO/4, 11 juin 2009, paragraphe 84.

¹⁷⁶ France Terre d'Asile, Rapport alternatif présenté au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, extrait en anglais, juin 2008, p. 4.

¹⁷⁷ La *kafalah* est une institution du droit islamique que l'on définit habituellement comme l'engagement, à titre volontaire, de prendre en charge les besoins, l'éducation et la protection d'un enfant, de la même manière qu'un parent le ferait pour ses enfants. La *kafalah* est similaire mais pas identique à l'adoption, qui est interdite par le droit islamique. Les parents *kafalah* exercent l'autorité parentale et ont le devoir de prendre en charge les besoins et l'éducation de l'enfant, mais les liens familiaux de l'enfant avec sa famille naturelle persistent, tout comme le statut familial de l'enfant. Voir <http://www.crin.org/bcn/details.asp?id=15852&themeID=1002&topicID=1014> [27.10.2011]. La *kafalah* est reconnue comme une forme alternative de protection de l'enfant par l'article 20.3 de la CDE.

¹⁷⁸ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la France, CDE/C/FRA/CO/4, 11 juin 2009, paragraphe 90.

cellule familiale dans son pays d'origine¹⁷⁹, une position qui a reçu l'appui des tribunaux. Par exemple, la Cour administrative d'appel de Lyon, dans son arrêt n° 07LY02516 du 08.07.2008, a estimé que le fait que deux des enfants du requérant fréquentaient une école secondaire en France n'était pas un motif suffisant pour entacher d'illégalité la décision administrative consistant à refuser le titre de séjour demandé par le requérant et à ordonner l'expulsion de sa famille¹⁸⁰.

Pour souligner une tendance plus positive, la jurisprudence récente de la Cour nationale du droit d'asile, qui statue sur les appels introduits contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, a estimé que les jeunes filles migrantes dont les parents n'ont qu'un titre de séjour temporaire peuvent se voir accorder une protection subsidiaire sur la base des risques concrets de mutilation des organes génitaux auxquels elles sont exposées en cas de retour dans leur pays d'origine. Dans un tel cas, pour veiller à l'efficacité de la protection subsidiaire accordée à l'enfant, le statut d'immigration de la mère s'adapte à celui de l'enfant et la mère reçoit donc aussi une protection subsidiaire¹⁸¹.

En général, les tribunaux français appliquent le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et invoquent l'article 3 de la CDE pour statuer sur les affaires relatives aux enfants migrants. En effet, l'applicabilité directe de l'article 3 de la CDE a été formellement reconnue dans la jurisprudence de la Cour de Cassation et du Conseil d'État. La plupart des autres dispositions de la CDE ne sont cependant pas reconnues comme ayant une telle applicabilité directe. C'est pourquoi le Comité des droits de l'enfant a recommandé à la France de prendre des mesures pour que la Convention, dans son intégralité, soit directement applicable sur tout son territoire et pour que toutes les dispositions de la Convention puissent être invoquées en tant que base juridique par les individus et être appliquées par les juges à tous les niveaux des procédures administratives et judiciaires¹⁸². En outre, pour ce qui est du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité a noté la persistance, dans la pratique, de différences d'interprétation quant à son application¹⁸³.

Arrêt n° 161364 du Conseil d'État (2^e et 6^e sous-sections réunies) du 22.09.1997

Le Conseil d'État a invoqué l'article 3.1 de la CDE pour justifier l'annulation d'une décision administrative par laquelle un titre de séjour pour regroupement familial avait été refusé à un enfant d'origine turque de quatre ans au motif que celui-ci était entré irrégulièrement en France. Il a souligné que l'article 3.1 de la CDE était directement applicable et pouvait être invoqué pour contester la légalité de toute décision administrative, puisque les autorités administratives sont censées traiter l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans toutes leurs décisions relatives à des enfants.

Dans cette affaire, la mère de l'enfant, une ressortissante turque qui vivait avec ses parents en France en vertu d'une carte de résident d'une durée de dix ans, avait fait venir l'enfant illégalement de Turquie puis avait introduit une demande de regroupement familial au Préfet de Moselle. Ce dernier avait rejeté la demande de regroupement familial et ordonné l'expulsion de l'enfant vers la Turquie. Le Conseil d'État a noté que le père de l'enfant, que celui-ci ne connaissait pas et qui n'avait jamais contribué à l'éducation de l'enfant, ne pouvait s'occuper de l'enfant en Turquie et qu'aucune autre personne proche de la famille ne pouvait s'en charger. Le Conseil d'État a estimé que, dans ces circonstances, la décision prise par le Préfet de renvoyer l'enfant en Turquie et de le séparer de sa mère, même de façon provisoire, était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et enfreignait donc l'article 3.1 de la CDE.

¹⁷⁹ Rapport soumis par la CNCDH au HCNUDH sur la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations internationales, p. 12.

¹⁸⁰ De même, la Cour administrative d'appel de Nantes, dans son arrêt n° 06NT02028 du 29.12.2006, a estimé que la décision administrative d'expulser une ressortissante arménienne et sa fille de 14 ans n'enfreignait pas l'article 3 de la CDE, malgré le fait que l'enfant avait fréquenté un établissement scolaire en France au cours des trois dernières années, parlait français et était bien intégrée. La Cour a noté que, même si l'enfant n'avait jamais vécu en Arménie, il était un fait que l'arménien était sa langue maternelle, qu'elle parlait couramment, et que rien n'empêchait l'enfant d'accompagner sa mère en Arménie et d'y poursuivre ses études.

¹⁸¹ Cour nationale du droit d'asile, Contentieux des réfugiés. Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile, année 2009, p. 1.

¹⁸² Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la France, CDE/C/FRA/CO/4, 11 juin 2009, paragraphes 10 et 11.

¹⁸³ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la France, CDE/C/FRA/CO/4, 11 juin 2009, paragraphe 35.

Arrêt du Tribunal pour enfants de Bobigny du 01.09.2001

Le Tribunal pour enfants a invoqué les articles 3 et 9 de la CDE ainsi que les articles 8 et 9 de la CEDH comme motif pour empêcher l'expulsion de deux enfants vers le Cameroun, où personne ne se serait occupé d'eux. Âgés de deux ans et demi et de 14 ans, ces enfants étaient arrivés du Cameroun avec leur mère et avaient été arrêtés à l'aéroport parce qu'ils n'avaient pas les visas requis. Leur mère avait été admise en France parce qu'elle avait un permis de séjour en ordre, mais les enfants avaient été placés dans une zone d'attente et étaient sur le point d'être expulsés.

Voulant prendre une décision selon la procédure d'urgence, le Tribunal pour enfants a noté que les enfants n'avaient pas de père au Cameroun et que leur tante, qui s'était occupée d'eux jusqu'alors, s'était vu diagnostiquer un cancer et n'était plus en mesure de se charger des enfants. Le Tribunal a estimé que, selon les informations disponibles dans le dossier, les enfants pouvaient prétendre au regroupement familial et avaient le droit de vivre avec leur mère, comme cela est reconnu par le droit français et international, même si les exigences procédurales de regroupement familial n'avaient pas été respectées en raison d'une ignorance ou d'une négligence de la mère. Il a déclaré qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants, comme inscrit à l'article 3 de la CDE, de ne pas être séparés de leur mère à cause d'une difficulté administrative pouvant être résolue.

Le Tribunal a souligné qu'il ne contestait pas la légalité de la procédure de détention et d'expulsion des enfants migrants, mais qu'il avait conclu que, en l'occurrence, l'urgence avec laquelle l'expulsion était exécutée mettait les enfants en danger. Il a en outre noté que le fait que les enfants avaient été placés dans une zone d'attente, en réalité dans un hôtel qui se trouvait en dehors de la zone d'attente mais était considéré comme extraterritorial, n'excluait pas la juridiction du Tribunal sur le bien-être des enfants.

Le Tribunal a déclaré qu'il allait de soi, en vertu de l'article 9 de la CDE, que des enfants ne devaient pas être séparés arbitrairement de leurs parents. En l'occurrence, l'exécution de l'ordre d'expulsion aurait abouti à la séparation des enfants et de leur mère pour une période indéterminée, contre leur volonté et sans aucune raison objective. Le Tribunal a noté que le juge pour enfants, qui est chargé d'assurer la défense des libertés individuelles, est en droit d'invoquer de sa propre initiative une disposition de la CDE qui est claire et ne nécessite pas de transposition, comme cela a déjà été reconnu par le Conseil d'État.

À titre de solution temporaire pour les enfants, le Tribunal pour enfants a décidé de placer ceux-ci sous la tutelle de l'Aide sociale à l'enfance, en accordant un droit de visite à la mère et à son mari, jusqu'à l'atteinte d'une décision concernant l'avenir des enfants.

Arrêt n° 236148 du Conseil d'État (5^e sous-section) du 02.06.2003

Le Conseil d'État a invoqué l'article 3 de la CDE et l'obligation faite aux autorités administratives de voir l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans toutes les décisions relatives aux enfants, pour confirmer un arrêt d'une instance inférieure qui avait annulé un ordre d'expulsion d'un ressortissant polonais, lequel s'était vu refuser un titre de séjour et avait une enfant avec une ressortissante libanaise résidant en France en vertu d'un titre de séjour en règle.

Le Conseil d'État a estimé que cette expulsion serait contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, car elle aurait pour effet de forcer l'enfant à être séparée d'un de ses parents. Si elle restait en France avec son père, l'enfant serait séparée de sa mère et, si elle accompagnait sa mère dans son pays d'origine, elle serait séparée de son père. En effet, il n'avait pas été établi que le père, qui était en séjour régulier en France, serait autorisé à les suivre dans le pays d'origine de la mère.

Arrêt n° 249369 du Conseil d'État, statuant au contentieux, du 24.03.2004

Le Conseil d'État a estimé que, si la loi prévoit que les enfants pouvant bénéficier du regroupement familial sont les enfants naturels ou légitimes ayant une filiation légalement établie ainsi que les

enfants adoptés, il appartient aux autorités administratives de s'assurer, sous le contrôle du juge, qu'une décision refusant le regroupement familial demandé pour un enfant n'appartenant pas à l'une de ces deux catégories ne porte pas atteinte au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale ni au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant inscrit à l'article 3.1 de la CDE. Le ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité avait demandé au Conseil d'État d'annuler un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris, qui avait permis au Préfet des Hauts-de-Seine d'autoriser le regroupement familial d'une enfant marocaine avec la personne à laquelle elle avait été confiée par une décision de *kafalah*. Le Conseil d'État a rejeté cet appel.

Le Conseil d'État a noté que l'enfant avait été abandonnée par sa mère à la naissance, n'avait pas de père connu et se trouvait sans aucune attache familiale au Maroc. Comme la loi marocaine ne reconnaît pas l'adoption, l'enfant avait été confiée, par une décision de *kafalah*, à la garde d'une citoyenne marocaine qui séjournait légalement en France avec son mari. La situation personnelle et professionnelle de cette tutrice ne lui permettait pas d'effectuer des séjours réguliers au Maroc pour s'y occuper de l'enfant. Par conséquent, le Conseil d'État a conclu que la décision du préfet de refuser le regroupement familial entre l'enfant et sa tutrice constituait une atteinte à leur droit à la vie privée et familiale, cela en infraction aux dispositions de l'article 8 de la CEDH.

Arrêt n° 305031 du Conseil d'État (10^e et 9^e sous-sections réunies) du 09.12.2009

Le Conseil d'État a estimé que, en principe, l'intérêt de l'enfant est de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision judiciaire dont les effets sont reconnus en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale. Pour cette raison, en vertu de l'article 3.1 de la CDE, les autorités administratives ne peuvent refuser d'émettre un visa qui permettrait à un enfant de rejoindre la personne qui a l'autorité parentale sur lui au motif que l'intérêt supérieur de l'enfant est de rester auprès de ses parents ou d'autres membres de sa famille. Ce que les autorités administratives peuvent faire, dans les limites imposées par le respect du droit à la vie privée et familiale, c'est refuser un visa s'il est établi que les conditions d'accueil et de prise en charge en France seraient contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, compte tenu des ressources et des conditions d'existence de la personne titulaire de l'autorité parentale.

Dans cette affaire, une enfant de neuf ans du Bénin avait été confiée à la tutelle d'un ressortissant français par une ordonnance du Tribunal de première instance de Cotonou, qui avait reçu l'*exequatur* (ordre d'exécuter ou de donner effet) du Tribunal de grande instance de Bordeaux. Le Conseil d'État a estimé que, bien que l'enfant avait toujours vécu au Bénin auprès de ses parents, le tuteur, qui justifiait de ressources et de conditions d'accueil suffisantes, disposait d'une délégation d'autorité parentale qui pouvait être exercée en France et pouvait agir en qualité de tuteur de l'enfant. Par conséquent, le Conseil d'État a conclu que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait d'émettre le visa.

3. Italie

Selon la Loi italienne de 1998 sur l'immigration (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), les enfants migrants ne peuvent être expulsés, à moins qu'ils ne constituent une menace pour l'ordre public ou la sécurité de l'État ou qu'ils ne soient expulsés avec leurs parents ou les personnes titulaires à leur égard de l'autorité parentale. Comme en France, les enfants migrants accompagnés ont le même statut d'immigration que leurs parents et peuvent être expulsés si ce statut est irrégulier. Les enfants migrants accompagnés peuvent même être détenus avec leur famille dans des centres de détention (*Centri di Identificazione ed Espulsione*) avant leur expulsion. De plus, le fait que les enfants fréquentent un établissement scolaire ne protège pas la famille contre l'expulsion¹⁸⁴. Dans le meilleur des cas, cela peut retarder l'expulsion jusqu'à la fin de l'année scolaire. L'intérêt supérieur de l'enfant est censé être

¹⁸⁴ Voir http://www.stranieriinitalia.it/normativa-via_i_clandestini_anche_se_hanno_figli_a_scuola_10554.html [12.09.2011].

pris en considération quand il s'agit de décider d'exclure ou non une famille, mais il semble que, dans la pratique, ce ne soit pas toujours le cas¹⁸⁵.

Quant aux enfants migrants non accompagnés, ils sont protégés contre l'expulsion (sauf pour raisons de sécurité et d'ordre public) et ne peuvent être renvoyés vers leur pays d'origine, à moins que l'on n'établisse que ce renvoi est dans leur intérêt supérieur¹⁸⁶. À leur arrivée ou lorsqu'ils sont interceptés par la police, ces enfants sont renvoyés au Comité pour les enfants étrangers (*Comitato Minori Stranieri*) et reçoivent un permis de séjour temporaire pour enfant (*permesso di soggiorno per minore età*)¹⁸⁷. Si un membre adulte de la famille en séjour régulier en Italie est retrouvé, l'autorité judiciaire compétente accorde à cette personne la tutelle (*tutela*)¹⁸⁸ de l'enfant. Si ce n'est pas le cas, l'enfant est confié à la garde (*affidamento*)¹⁸⁹ d'une famille d'accueil ou d'une communauté d'accueil (*comunità di accoglienza per minori*)¹⁹⁰. Il y a toutefois des différences considérables dans la façon dont les dispositions légales de protection des enfants migrants non accompagnés sont interprétées et appliquées en pratique par les administrations régionales et les institutions du gouvernement central qui participent à ce processus¹⁹¹. Le Comité des droits de l'enfant a exprimé sa préoccupation concernant le manque d'harmonisation des procédures applicables aux mineurs non accompagnés dans les différentes régions, et recommandé d'adopter une procédure harmonisée dans l'intérêt supérieur de ces enfants sur tout le territoire de l'Italie¹⁹².

Si les parents de l'enfant sont retrouvés dans le pays d'origine, le Comité pour les enfants étrangers envisage également la possibilité d'un retour assisté pour l'enfant. S'il conclut que le retour n'est pas possible, il fait état de cette situation aux services sociaux et à l'autorité judiciaire compétente, laquelle décide alors qui aura la tutelle ou la garde de l'enfant, et lance un projet d'intégration sociale et civique d'une durée minimale de deux ans. Lorsque l'enfant atteint l'âge de 18 ans, son permis de séjour peut être converti en un permis de séjour pour travail ou étude, pour autant que, hormis les exigences générales concernant le logement et l'inscription dans une école ou la possession d'un contrat de travail, ces trois exigences spécifiques soient respectées: l'enfant a été placé sous un régime de tutelle ou de garde, il a séjourné en Italie pendant au moins trois ans et il a participé à un projet d'intégration sociale et civique pendant au moins deux ans (article 32 de la Loi italienne sur

¹⁸⁵ Grupo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 2.º Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia, septembre 2009, p. 147.

¹⁸⁶ Grupo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 2.º Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia, septembre 2009, pp. 143 à 145.

¹⁸⁷ Une procédure spécifique est prévue pour les enfants migrants non accompagnés qui demandent l'asile. Ils sont renvoyés devant la Commission nationale pour le droit d'asile (*Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo*) et, de là, vers les commissions territoriales compétentes. Une fois que l'enfant a été identifié comme demandeur d'asile, il se voit désigner un tuteur qui l'assistera au cours de la procédure de demande d'asile et reçoit un permis de séjour temporaire pour demandeur d'asile. Dès que la demande d'asile a été introduite, la police émet un document certifiant que l'enfant est un demandeur d'asile, grâce à quoi l'enfant a le droit de bénéficier des services d'accueil offerts par les Services centraux pour la protection des demandeurs d'asile et réfugiés (*Servizio Centrale del Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati*). Si le statut de réfugié est refusé à l'enfant, celui-ci peut faire appel de cette décision devant les tribunaux. Si l'appel est rejeté, l'enfant est renvoyé au Comité pour les enfants étrangers et suit la procédure ordinaire applicable aux enfants migrants non accompagnés. Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies. Analysis of the Italian Case for a Comparative Study at the EU Level*, 2009, pp. 4 et 12-13.

¹⁸⁸ En vertu des articles 343 et suivants du Code civil italien, le tribunal établit la tutelle (*tutela*) de chaque enfant dont les parents sont décédés ou en incapacité d'exercer l'autorité parentale. Le tribunal doit désigner en qualité de tuteur la personne indiquée par les parents, à moins que cette disposition ne soit contraire à l'intérêt de l'enfant. Si les parents n'ont pas indiqué de tuteur possible ou si la personne indiquée n'est pas apte au rôle de tuteur, le tribunal doit de préférence désigner comme tuteur un proche parent de l'enfant. La personne désignée comme tuteur doit prouver qu'elle en est capable et s'engager à subvenir aux besoins de l'enfant et à assurer son éducation.

¹⁸⁹ La Loi n° 184 du 4 mai 1983 sur le droit de l'enfant à une famille (*diritto del minore ad una famiglia*) établit les mécanismes juridiques – garde (*affidamento*) et adoption (*adozione*) – pour la protection des enfants dont la famille n'a pas les ressources ou ne vit pas dans des conditions adéquates pour subvenir à leurs besoins et assurer leur éducation. En vertu de l'article 2 de la Loi n° 184, tout enfant temporairement privé d'un environnement familial approprié doit être confié à la garde d'une famille ou d'une personne célibataire pouvant subvenir à ses besoins, assurer son éducation et lui offrir les liens affectifs dont il a besoin. Si un tel placement n'est pas possible, l'enfant est placé dans une communauté d'accueil ou, à défaut, dans une institution publique ou privée de protection sociale.

¹⁹⁰ Grupo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 2.º Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia, septembre 2009, p. 143.

¹⁹¹ Grupo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 2.º Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia, septembre 2009, pp. 144 et 145.

¹⁹² Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant l'Italie, CDE/C/15/Add.198, 18 mars 2003, paragraphes 45 et 46.

l'immigration). Ces dernières années, la nature cumulative ou alternative de ces exigences a été contestée devant les tribunaux; la loi n° 94 du 15 juillet 2009 (*Pacchetto Sicurezza 2009*) a tenté de régler cette question en établissant que ces exigences sont cumulatives¹⁹³. Toutefois, comme nous le verrons ci-dessous, les tribunaux continuent à estimer que ces exigences sont alternatives, une approche jugée appropriée du point de vue constitutionnel¹⁹⁴. Un appel introduit pour contester la constitutionnalité de la Loi n° 94 est en cours devant la Cour constitutionnelle.

Si le Comité conclut qu'un retour assisté est possible et qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, l'affaire est portée devant le Tribunal de la jeunesse (*Tribunale per i minorenni*), qui autorise le retour. L'enfant peut faire appel de cette décision devant les tribunaux ordinaires ou administratifs¹⁹⁵. La jurisprudence examinée pour élaborer la présente section montre que le Comité pour les enfants étrangers exécute souvent le retour assisté contre la volonté de l'enfant et contre l'avis des services sociaux et du tuteur de l'enfant; cette tendance n'a pas été approuvée par les tribunaux¹⁹⁶. Il a également été signalé que, parfois, un retour assisté n'est pas exécuté alors que l'enfant l'a demandé. Un autre sujet de préoccupation est l'absence de tout suivi efficace des enfants qui sont rentrés dans leur pays d'origine et de leur réintégration dans ce pays¹⁹⁷. À ce propos, le Comité des droits de l'enfant a recommandé à l'Italie de veiller à ce que l'aide au rapatriement ne soit envisagée que lorsque cela correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant et à ce qu'un suivi soit garanti pour ces enfants¹⁹⁸.

La CDE est directement invoquée par les tribunaux italiens, et la Cour constitutionnelle a fait de l'intérêt supérieur de l'enfant un principe constitutionnel¹⁹⁹. Il faut toutefois souligner que tous les tribunaux n'ont pas la même interprétation du champ d'application de la CDE, en particulier parce que certains d'entre eux estiment qu'une personne de 16 ou 17 ans n'est plus un enfant. C'est par exemple le cas de l'arrêt n° 284/02 du Tribunal administratif régional (*Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino-Alto Adige*) du 22.08.2002, où le Tribunal a estimé que l'enfance commençait à six ans pour s'achever à la puberté, vers l'âge de 11 ans²⁰⁰.

Arrêt n° 7472 de la Cour de cassation (Corte de Cassazione, Sezione Prima Civile) du 20.03.2008

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'une instance inférieure qui avait ordonné au Consulat italien de Casablanca d'accorder un visa pour regroupement familial à un enfant d'origine marocaine, lequel avait été confié en tutelle *kafalah* par ses parents à un couple marocain en séjour régulier en Italie. La Cour de cassation a rejeté l'argument de l'administration requérante selon lequel la *kafalah* ne pouvait être prise en considération aux fins du regroupement familial à cause de sa nature contractuelle et du fait qu'aucun tribunal n'avait confirmé que l'enfant était abandonnée ni que le tuteur (*kafil*) était apte à assumer ce rôle. La Cour a noté que le raisonnement de l'administration se fondait sur l'hypothèse erronée que, conformément à l'objectif de contenir l'immigration, le regroupement familial ne devrait être autorisé que dans les circonstances exceptionnelles expressément autorisées par la loi.

La Cour de cassation a rappelé que, si le regroupement familial supposait un équilibre entre deux valeurs constitutionnelles – la protection de l'enfant et la protection des frontières de l'État –, la

¹⁹³ Grupo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 2.º Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia, septembre 2009, p. 145.

¹⁹⁴ Voir l'avis de l'avocat Gennaro Santoro, dans http://www.stranieriinitalia.it/normativa-minori_non_accompagnati_conversione_del_permesso_12407.html [14.09.2011].

¹⁹⁵ Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies*. Analyse du cas de l'Italie pour une étude comparative au niveau de l'UE, 2009, pp. 14 et 15.

¹⁹⁶ Citons, par exemple, le cas de l'arrêt n° 284/02 du Tribunal administratif régional du Trentino-Alto-Adige du 22.08.2002.

¹⁹⁷ Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies*. Analyse du cas de l'Italie pour une étude comparative au niveau de l'UE, 2009, p. 30.

¹⁹⁸ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant l'Italie, CDE/C/15/Add.198, 18 mars 2003, paragraphe 46.

¹⁹⁹ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant l'Italie, CDE/C/15/Add.198, 18 mars 2003, paragraphe 23.

²⁰⁰ Dans cette affaire, le Tribunal a estimé que le requérant, un Albanais de 16 ans qui avait été renvoyé en Albanie contre sa volonté, ne pouvait être vraiment considéré comme un enfant aux fins de l'application des dispositions de la CDE car il avait déjà 16 ans et montrait une maturité considérable. Le Tribunal a cependant ajouté que les dispositions de la CDE ne seraient guères favorables au garçon puisque cette Convention accorde la préférence à l'unité de la famille. En conclusion, il a accueilli l'appel au motif que la décision du Comité pour les enfants étrangers n'était pas suffisamment justifiée car elle n'avait pas pris en considération la situation personnelle du requérant, à savoir ses bonnes perspectives de formation et de travail et les difficultés d'existence en Albanie.

jurisprudence de la Cour constitutionnelle avait favorisé la protection de l'enfant, même de l'enfant migrant, par rapport au contrôle de l'immigration. Par ailleurs, l'exclusion des enfants confiés au titre d'une *kafalah* du droit au regroupement familial constituerait un obstacle, incompatible avec le principe d'égalité, pour tous les enfants d'origine arabe, qu'ils soient orphelins, illégitimes ou abandonnés, et pour qui la *kafalah* est la seule forme autorisée de protection sous tutelle.

La Cour de cassation a noté que la *kafalah*, qui consiste à confier un enfant à un couple ou à un tuteur célibataire qui se charge de subvenir à ses besoins et à son éducation jusqu'à sa majorité, est expressément reconnue par l'article 20 de la CDE comme une forme de protection de l'enfance. Elle a également noté que, dans les plupart des pays islamiques, y compris le Maroc, les tribunaux intervenaient dans la procédure de *kafalah*. La Cour de cassation a donc estimé qu'il n'y avait pas de raison de ne pas mettre sur le même pied la *kafalah* et la garde aux fins du regroupement familial.

Arrêt n° 32718/10 du Tribunal administratif (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio) du 07.10.2010

Le Tribunal administratif a estimé que l'exigence fixée par la loi pour convertir un permis de séjour temporaire pour enfant (*permesso di soggiorno per minore età*) en un permis de séjour pour travail (*permesso di soggiorno per lavoro subordinato*) ne devait pas être interprétée comme une exigence cumulative mais alternative, et accueilli l'appel déposé par un citoyen bengali à qui un permis de séjour pour travail avait été refusé au motif qu'il n'avait vécu en Italie que deux ans avant d'atteindre l'âge de 18 ans. Le requérant était arrivé en Italie alors qu'il avait 16 ans et avait été confié à la garde d'une famille d'accueil.

Le Tribunal administratif a évoqué la jurisprudence constante concernant le caractère alternatif des exigences fixées par la loi pour la conversion du permis pour enfant en un permis de travail, et déclaré que les enfants précédemment placés sous un régime de garde ou de tutelle avaient le droit d'obtenir un permis de séjour pour travail, pour autant que, au moment de leur majorité, ils répondaient aux conditions générales pour le renouvellement du permis de séjour. Dans cette affaire, le requérant avait fourni la preuve qu'il avait un contrat de travail.

Arrêt n° 21799 de la Cour de cassation (Corte di Cassazione, Sezioni Unite) du 25.10.2010

La Cour de cassation a accueilli l'appel et annulé l'arrêt de l'instance inférieure, qui avait refusé à une citoyenne nigériane, mère de trois enfants résidant en Italie, le droit de recevoir un permis de séjour temporaire en vertu de l'article 31.3 de la Loi sur l'immigration, dont les dispositions peuvent être appliquées en cas de motifs graves (*gravi motivi*) liés au développement mental et physique des enfants, compte tenu de leur jeune âge et de leur état de santé.

La Cour de cassation a fondé sa décision sur l'existence de deux courants de jurisprudence différents concernant l'interprétation de l'article 31.3 de la Loi sur l'immigration. Selon le courant dominant, l'article 31.3 ne s'appliquait qu'aux situations d'urgence, dans lesquelles l'absence ou l'éloignement soudain(e) du parent peut compromettre le développement normal de la personnalité de l'enfant. Toujours d'après ce courant, eu égard à la nature temporaire et exceptionnelle du permis en question, les motifs graves ne devaient pas être confondus avec le besoin ressenti par chaque parent d'accompagner le développement de son enfant. Toutefois, d'après un courant de jurisprudence plus récent, l'article 31.3 ne s'appliquait pas uniquement aux situations d'urgence et d'exception liées à la santé de l'enfant mais également aux raisons liées simplement au très jeune âge de l'enfant, étant donné le risque considérable de dommages à l'équilibre psychophysique de l'enfant pouvant résulter de l'absence d'un ou des deux parents.

La Cour a rappelé la jurisprudence bien établie concernant la protection de la famille en tant que contexte optimal pour le développement de la personnalité de l'enfant ainsi que la reconnaissance du droit de l'enfant à être pris en charge par un parent aussi longtemps que possible. Elle a noté que le droit à la vie familiale méritait une protection spéciale lorsqu'il s'agissait d'enfants, comme l'ont établi la Constitution et de nombreuses conventions internationales ratifiées par l'Italie, notamment la CDE.

La Cour a admis qu'une interprétation à orientation constitutionnelle de la disposition juridique en question, qui fixe les exigences pour l'octroi d'un permis de séjour temporaire, ne permettait pas une interprétation restrictive qui en limiterait l'application aux situations exceptionnelles ou urgentes où un danger extrême pèserait sur la santé de l'enfant. Toutefois, elle a également estimé que le fait de protéger le parent au motif que son départ était susceptible de causer un dommage émotionnel à l'enfant transformerait l'exception en règle et étendrait en fait la protection du parent jusqu'au moment où l'enfant atteindrait 18 ans. Selon la Cour, une telle interprétation ne serait pas cohérente par rapport au système formé par les normes juridiques constitutionnelles, européennes et internationales, lesquelles autorisent l'expulsion du territoire national de tout étranger sans permis de séjour en règle. La Cour de cassation a indiqué qu'il ne serait pas raisonnable d'utiliser simultanément une disposition juridique protégeant la mère contre l'expulsion au cours des six mois après l'accouchement, et une autre disposition protégeant les deux parents tant que l'enfant est mineur.

Selon la Cour, le champ d'application de l'article 31.3 de la Loi sur l'immigration devait être considéré en conjonction avec les dispositions relatives au regroupement familial et à la protection des enfants contre l'expulsion, ainsi qu'avec les dispositions sur l'expulsion des adultes migrants en situation d'immigration irrégulière. Le permis de séjour temporaire au titre de l'article 31.3 n'est délivré que pour des motifs graves liés au développement mental et physique de l'enfant, mais ces motifs doivent être appréciés en tenant dûment compte de la situation individuelle de l'enfant, notamment si l'on peut prévoir une grave détérioration de l'état de l'enfant dans le cas où le permis serait refusé. De même, le permis de séjour n'est à délivrer que dans l'intérêt de l'enfant et non dans celui du parent; à cet égard, l'évolution de la situation de l'enfant, à évaluer régulièrement, permettra de déterminer si les motifs graves persistent.

La Cour de cassation a souligné la condition selon laquelle il doit exister un important lien affectif entre le parent et l'enfant qui soit attesté par un document pour justifier l'exception à la règle générale – l'acquisition par l'enfant du statut légal du parent – et pour déterminer que c'est le parent qui acquiert le statut légal de l'enfant. Cette disposition vise à éviter à l'enfant la perte traumatisante de la figure parentale qui a été présente dans sa vie jusqu'à ce moment. La Cour a estimé que l'enjeu était la protection du droit subjectif à la sauvegarde de l'unité familiale, sous réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette unité familiale repose donc nécessairement sur l'existence d'une vie familiale effective, comme l'a souligné la CouEDH dans l'affaire *Boultif*. Pour la Cour, les seuls liens biologiques ne suffisent pas car une telle interprétation légitimerait l'exploitation des enfants par leurs parents à des fins d'immigration.

Pour continuer, la Cour de Cassation a estimé que les instances inférieures étaient tenues de réaliser une évaluation minutieuse afin de s'assurer que la cohésion familiale existait en pratique et que, au sein de la famille, le requérant exerçait effectivement l'autorité parentale sur ses enfants, de sorte que le départ brusque du requérant causerait un dommage irréversible au développement de l'enfant. C'est en particulier quand les enfants sont extrêmement jeunes que les instances inférieures doivent vérifier si le parent est capable d'accomplir ses devoirs parentaux en élevant l'enfant dans un environnement familial approprié et en subvenant à ses besoins.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a conclu que l'instance inférieure avait omis de réaliser une telle évaluation puisqu'elle s'était basée uniquement sur le fait que les enfants avaient été confiés à des tuteurs désignés par le tribunal et n'avait pas examiné les liens entre la requérante et ses enfants ni pris en compte le tort que l'expulsion de celle-ci causerait aux enfants. Par conséquent, la Cour de cassation a annulé l'arrêt de l'instance inférieure et ordonné à cette dernière de réexaminer l'affaire en ayant à l'esprit que l'article 31.3 de la Loi sur l'immigration n'exige pas nécessairement une situation exceptionnelle ou urgente étroitement liée à la santé de l'enfant mais peut porter sur tout dommage réel, concret, perceptible ou objectivement grave qui, eu égard à l'âge ou à l'état de santé de l'enfant, peut être occasionné à l'enfant si le parent doit partir ou si l'enfant est retiré de façon permanente de l'environnement dans lequel il a été élevé.

4. Portugal

Aux termes de la Loi portugaise de 2007 sur l'immigration (*Regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*)²⁰¹, un enfant migrant ne peut être admis sur le territoire s'il n'est pas accompagné d'une personne titulaire de l'autorité parentale à son égard ou si personne au Portugal n'a l'autorisation et le souhait d'assumer la responsabilité du séjour de l'enfant. Si l'enfant à qui on refuse l'accès au pays est accompagné d'un adulte, celui-ci se voit également refuser l'admission et est renvoyé avec l'enfant vers son pays d'origine. Si l'enfant voyage seul, il n'est renvoyé dans son pays d'origine ou un pays tiers que s'il existe des garanties de prise en charge et d'assistance appropriées à son arrivée, notamment la présence d'un de ses parents²⁰². En l'absence de telles garanties, l'enfant est autorisé à entrer au Portugal et est placé sous tutelle publique, statut qui confère automatiquement à l'enfant le droit de bénéficier d'un permis de séjour temporaire²⁰³.

Les enfants migrants non accompagnés peuvent demander l'asile à la frontière ou dans les 48 heures suivant leur arrivée, acte qui leur accorde automatiquement l'autorisation d'entrer sur le territoire. Cette demande suit le même cours que les demandes introduites par les adultes demandeurs d'asile, mais la Loi de 2008 sur l'asile²⁰⁴ stipule que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en considération d'un bout à l'autre de la procédure et qu'une protection spéciale est garantie en matière de logement et de représentation. Comme il y a au Portugal très peu d'arrivées d'enfants non accompagnés et encore moins de demandes d'asile de ces enfants, chaque enfant bénéficie d'une assistance attentive et personnalisée²⁰⁵.

Les enfants migrants accompagnés de leurs parents ne reçoivent en principe l'autorisation d'entrer au Portugal que si leurs parents la reçoivent aussi. De même, si les parents (ou le parent qui exerce l'autorité parentale) sont expulsés, leurs enfants le sont avec eux. Toutefois, les enfants migrants nés au Portugal sont protégés contre l'expulsion et, dans certains cas, leurs parents aussi. C'est le cas si le parent confronté à un ordre d'expulsion exerce effectivement l'autorité parentale, subvient aux besoins de l'enfant et assure son instruction²⁰⁶. Ces dernières années, l'évaluation de ces conditions a été la question la plus fréquemment – et pour ainsi dire la seule – examinée par les tribunaux portugais en ce qui concerne les enfants migrants. En réalité, très peu d'affaires afférentes à des enfants migrants sont parvenues devant les tribunaux.

L'intérêt supérieur de l'enfant, un principe fondamental du droit portugais, est inscrit dans les trois actes juridiques qui régissent la protection des enfants migrants au Portugal: la Loi sur l'immigration, la Loi sur l'asile et la Loi de 1999 sur la protection des enfants en danger (*Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*). Les tribunaux portugais font fréquemment référence à ce principe et à la CDE dans son ensemble, même si c'est la plupart du temps dans des affaires relatives à des enfants ressortissants portugais.

²⁰¹ Lei no. 23/2007, de 4 de Julho.

²⁰² Rapport sur le Portugal pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 27.

²⁰³ Rapport sur le Portugal pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 19-21.

²⁰⁴ Lei no. 27/2008, de 30 de Junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas nos. 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro.

²⁰⁵ Rapport sur le Portugal pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 3-4 et 16.

²⁰⁶ Selon les publications en la matière, le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à l'intégrité personnelle ont causé l'apparition, par le biais du droit et de la jurisprudence, d'un «droit fondamental» à l'admission et au séjour sur le territoire portugais pour les étrangers qui ont des enfants à charge en séjour régulier au Portugal. Carla Amado Gomes et Anabela Costa Leão, *A Condição de Imigrante. Uma Análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 34.

Arrêt n° 864/08-2 de la Cour d'appel (Tribunal da Relação de Guimarães) du 24.04.2008

La Cour a accueilli l'appel déposé par une citoyenne russe, en attente d'un retour assisté vers la Russie à la suite d'un ordre d'expulsion, contre une décision visant à la séparer de son enfant de cinq ans et à confier celle-ci au couple qui l'avait prise en charge depuis deux ans et demi, période pendant laquelle la requérante avait séjourné illégalement sur le territoire portugais.

Se basant sur les preuves en sa possession, la Cour a rejeté les allégations selon lesquelles la mère était une alcoolique et une prostituée et que l'intérêt supérieur de l'enfant était de rester au Portugal auprès de sa famille d'accueil au lieu d'aller en Russie avec sa mère. La Cour a également jugé négligeable l'argument selon lequel la famille d'accueil pouvait offrir à l'enfant de meilleures conditions matérielles que sa mère.

Se référant à la CDE, la Cour a souligné le fait que les familles, même les plus problématiques, jouaient un rôle crucial et irremplaçable dans la vie des enfants. Au moment de décider de mesures visant à protéger un enfant, la préférence doit donc être accordée aux solutions qui permettent l'intégration de l'enfant au sein de sa famille biologique; le placement en institution n'est à envisager que si une telle solution est impossible.

Un élément qui a beaucoup pesé dans la décision de la Cour d'annuler la garde établie par décision judiciaire a été l'argument selon lequel l'enfant bénéficierait d'un environnement familial stable et économiquement confortable en Russie, où elle vivrait auprès de sa mère, de ses grands-parents, de son oncle et de sa demi-sœur. La Cour a également tenu compte de l'engagement pris par les autorités russes d'octroyer une aide sociale à la famille si nécessaire.

Arrêt n° 66/06.0PJAMD-A.S1 de la Cour suprême (Supremo Tribunal de Justiça) du 17.02.2011

La Cour suprême a rejeté l'appel déposé par un citoyen cap-verdien reconnu coupable de trafic de drogue et condamné à six ans et six mois de prison et, au terme de cet emprisonnement, à l'expulsion du territoire portugais avec interdiction d'y revenir pendant cinq ans. Selon la Cour, le fait que le requérant était entre-temps devenu père ne justifiait pas la révision de cet arrêt, car la naissance était intervenue après le prononcé de celui-ci par l'instance inférieure. Néanmoins, la Cour suprême a reconnu que, si la décision d'expulsion du requérant était juste au moment où elle a été prise, elle pouvait devenir injuste au moment de son exécution, eu égard à la nouvelle situation créée par la naissance de l'enfant du requérant. En vertu de la loi portugaise sur l'immigration, on ne peut ordonner l'expulsion du territoire portugais des étrangers qui sont soit des parents responsables d'enfants de nationalité portugaise séjournant au Portugal, soit des parents responsables d'enfants migrants, en séjour régulier au Portugal, dont ils assurent l'existence et l'instruction.

La Cour suprême a souligné le fait que migrants ne sont protégés contre l'expulsion que s'ils sont effectivement responsables de leurs enfants, s'ils entretiennent des liens étroits avec ceux-ci ou s'ils contribuent, de façon décisive et effective, à leur subsistance et au développement de leur personnalité; «[en] d'autres termes, il faut que la séparation entre parent et enfant entraîne des dommages matériels et psychologiques importants» pour l'enfant.

La Cour suprême a conclu que, du fait de son emprisonnement, le requérant n'assumait pas sa responsabilité de parent, cela en dépit des petites contributions financières qu'il aurait versées pour la subsistance et l'instruction de l'enfant. Par conséquent, bien que l'expulsion pourrait empêcher le requérant d'assumer la responsabilité de son enfant à l'avenir, cette mesure n'entraînerait pas la rupture d'une situation dans laquelle le requérant aurait effectivement été responsable de l'enfant. La Cour suprême a néanmoins admis que l'expulsion du requérant du territoire portugais pourrait s'avérer injuste, et déclaré que le tribunal chargé d'exécuter l'expulsion ne devrait pas ordonner celle-ci si, au moment de l'exécution, il est prouvé que l'enfant est un ressortissant portugais à charge du requérant ou que l'enfant est un ressortissant étranger séjournant au Portugal à charge du requérant et que ce dernier assure la subsistance et l'instruction de l'enfant, compte tenu des limitations dues à l'emprisonnement du requérant.

5. Espagne

Aux termes de la loi espagnole sur l'immigration²⁰⁷, les enfants migrants non accompagnés bénéficient d'une protection spéciale et ne peuvent, en principe, essuyer un refus d'entrer sur le territoire national ni en être expulsés à leur arrivée²⁰⁸. Dès que la police trouve un enfant migrant non accompagné, elle doit immédiatement le renvoyer aux Services d'aide sociale à l'enfance (*Servicios de Protección de Menores*) et au Ministère public (*Ministerio Fiscal*), lequel vérifie que l'enfant est abandonné et le déclare à ce titre, le place sous sa tutelle et adopte les mesures de protection nécessaires²⁰⁹. Si l'enfant demande l'asile, les Services d'aide sociale à l'enfance lui offrent aussi une assistance et un service de représentation tout au long de la procédure, laquelle est commune aux demandeurs d'asile majeurs et mineurs²¹⁰.

Le placement de l'enfant sous tutelle publique régularise sa situation d'immigration. Le séjour de l'enfant est considéré comme légal à tous égards. Sur demande de l'organisme public responsable de la tutelle, l'enfant peut obtenir un permis de séjour dès que neuf mois se sont écoulés depuis son renvoi aux Services d'aide sociale à l'enfance, pour autant que l'on ait établi que l'enfant ne pouvait être renvoyé à sa famille ou dans son pays d'origine. Ce permis de séjour produit des effets rétroactifs jusqu'à la date du renvoi de l'enfant aux Services d'aide sociale à l'enfance²¹¹. Comme le montre la jurisprudence analysée dans le cadre du présent chapitre, les organismes publics responsables des tutelles négligent souvent d'introduire cette demande à temps²¹², ce qui est particulièrement dommageable pour les enfants sur le point d'atteindre la majorité, qui se retrouvent alors en situation d'immigration irrégulière et risquent l'expulsion dès qu'ils ont 18 ans. Quand des enfants précédemment placés sous tutelle publique atteignent l'âge de 18 ans sans avoir reçu ce permis de séjour, les organismes publics qui les ont à leur charge peuvent recommander qu'un permis de séjour temporaire pour circonstances exceptionnelles leur soit octroyé, à condition que les enfants en question aient participé aux activités et programmes mis en place par ces organismes publics afin d'assurer leur intégration sociale.

Le placement de l'enfant sous tutelle publique ne l'empêche pas d'être renvoyé vers son pays d'origine ou un pays tiers s'il a été établi que ce renvoi était possible et répondait à l'intérêt supérieur de l'enfant. La priorité est accordée à la réunification de l'enfant avec sa famille mais, si cela s'avère irréalisable, l'enfant peut également être renvoyé aux institutions publiques chargées de la protection et de la tutelle des enfants dans son pays d'origine, pour autant que l'on juge adéquates la prise en charge et l'assistance qui y sont assurées. En principe, ce n'est que si la sécurité de l'enfant est menacée que son retour assisté n'est pas exécuté. Toutefois, il a été signalé que le rapatriement des enfants non accompagnés a été paralysé depuis 2008 en raison des difficultés des délégations et sous-délégations du gouvernement à mener à bien les procédures concernées²¹³.

Le statut d'immigration des enfants accompagnés est, en principe, le même que celui de leurs parents. Les enfants migrants nés en Espagne de parents étrangers en séjour régulier dans le pays ont automatiquement droit à un permis de séjour identique à celui d'un de leurs parents²¹⁴. Les enfants migrants nés à l'étranger de parents étrangers en séjour régulier dans le pays peuvent recevoir un permis de séjour s'ils prouvent qu'ils ont séjourné en Espagne

²⁰⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social and Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

²⁰⁸ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 14. Toutefois, la jurisprudence examinée dans le cadre du présent chapitre indique que parfois des enfants migrants non accompagnés se voient refuser l'autorisation d'entrer sur le territoire et sont expulsés vers leur pays d'origine sans qu'il soit dûment tenu compte de leur sécurité.

²⁰⁹ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 10-12.

²¹⁰ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 32-33.

²¹¹ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 13.

²¹² Médiateur espagnol, *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011, pp. 104, 105 et 115.

²¹³ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 14 et 51.

²¹⁴ Si les parents ont le statut de réfugiés, l'enfant peut choisir entre obtenir le statut de réfugié ou un permis de séjour, en fonction de son intérêt supérieur.

pendant les deux dernières années et que leurs parents répondent aux conditions de logement et de revenu fixées aux fins du regroupement familial. En outre, si les enfants ont atteint l'âge de la scolarité obligatoire, il faut également prouver qu'ils sont inscrits dans une école et fréquentent les cours régulièrement. Le permis de séjour a la même validité que celui des parents. Si les parents sont en situation d'immigration irrégulière, les enfants le sont aussi et peuvent être expulsés avec le restant de la famille.

Arrêt n° 603/10 du Tribunal administratif (Juzgado Contencioso Administrativo 12, Madrid) du 14.09.2010

Le Tribunal a accordé une injonction demandée au nom d'un enfant qui allait avoir 18 ans peu après et se retrouver en situation d'immigration irrégulière parce que sa demande de regroupement familial n'avait pas encore été traitée par l'administration. La tante et tutrice légale de l'enfant avait demandé et obtenu un visa à titre de regroupement familial pour sa nièce, suite à quoi l'enfant l'avait rejointe en Espagne. Néanmoins, la procédure administrative afférente au permis de séjour de l'enfant avait pris du retard et le visa de l'enfant était sur le point d'expirer. De plus, comme l'enfant allait avoir 18 ans peu de temps après et allait alors se retrouver en situation irrégulière, elle risquait d'être expulsée.

Le Tribunal a estimé que le regroupement familial était un motif suffisant pour suspendre l'expulsion d'un étranger. En effet, le regroupement familial a d'importantes implications sociales que l'on ne peut ignorer: même si le membre de la famille qui séjourne en Espagne vit dans une situation économique précaire, les liens familiaux et l'authenticité des relations familiales priment sur ces considérations. Il est nécessaire de vérifier si les membres de la famille vivent ensemble, ont des affinités et remplissent les devoirs légaux correspondants, en prenant en considération la situation personnelle et socioculturelle des personnes concernées, qui peut indiquer la présence d'un type de famille plus large que la cellule familiale traditionnelle. Le Tribunal a noté qu'en l'espèce l'enfant n'avait pas d'autre membre de la famille dans son pays d'origine puisque ses parents avaient perdu leur autorité parentale et que sa tante, qui avait été désignée tutrice de l'enfant, était la seule personne assurant son développement. Par conséquent, le Tribunal a décidé d'autoriser l'enfant à rester en Espagne, cela à titre de mesure provisoire et afin d'empêcher son expulsion pendant la durée de la procédure administrative visant à examiner sa demande de permis de séjour à titre de regroupement familial.

Arrêt n° 765/09 de la Haute Cour (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo) du 15.09.2010

Cet appel avait été déposé au nom d'un garçon originaire de Côte d'Ivoire contre une décision administrative par laquelle le statut de réfugié lui avait été refusé. Ce garçon avait demandé asile en Espagne en invoquant la guerre qui régnait dans son pays d'origine et avait provoqué la dispersion de sa famille, qu'il n'avait jamais revue. Il était arrivé en Espagne en passant par la Guinée-Conakry, le Mali et la Mauritanie. L'administration avait rejeté sa demande au motif qu'il n'avait fourni aucune preuve de persécution directe à son encontre dans son pays d'origine et parce qu'il avait eu l'occasion de demander asile dans l'un des autres pays qu'il avait traversés avant d'atteindre l'Espagne.

La Haute Cour a estimé que cet appel n'avait pas de bien-fondé parce que le requérant n'avait apporté aucune preuve pour étayer ses déclarations, selon lesquelles il avait souffert d'une persécution ou avait des motifs sérieux de craindre une persécution dans son pays d'origine. Elle a noté que, selon les informations disponibles et la position adoptée par le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, la situation en Côte d'Ivoire s'était stabilisée, en particulier dans la région où l'enfant était supposé avoir vécu. La Haute Cour a conclu que la présence de l'enfant en Espagne n'était pas due à une persécution pour l'un des motifs couverts par la Convention sur les réfugiés, mais à l'extrême pauvreté, à l'abandon et au manque de travail auxquels l'enfant était confronté en Côte d'Ivoire.

La Haute Cour a déterminé s'il existait des motifs humanitaires ou d'intérêt public susceptibles de justifier le maintien de l'enfant en Espagne, et a conclu que celui-ci était venu en Espagne parce qu'il avait été complètement livré à lui-même, au point d'être déclaré abandonné et placé sous tutelle publique par les autorités compétentes. La Haute Cour a estimé que le retour dans son pays d'origine

mettrait l'enfant dans une situation de réel danger et d'absence de protection, incompatible avec l'exercice des droits inhérents à tout être humain. Par conséquent, sa conclusion a été que ces raisons justifiaient de reconnaître son droit de rester en Espagne pour des motifs humanitaires.

Arrêt n° 800/2010 de la Haute Cour de justice (Tribunal Superior de Justicia de Madrid) du 24.09.2010

La Haute Cour a annulé les arrêts de l'instance inférieure et les décisions administratives sur la base desquels la demande d'un permis de séjour introduite par un enfant sous tutelle publique avait été refusée au motif que l'enfant allait avoir 18 ans au lendemain de la date d'introduction de la demande. L'instance inférieure avait admis l'argument selon lequel il était trop tard pour mener cette procédure et jouir du permis de séjour, et avait confirmé la décision administrative en ce sens. La Haute Cour a accueilli l'appel et déclaré que le requérant avait le droit d'obtenir le permis de séjour demandé.

La Haute Cour a noté que l'enfant avait été placé sous tutelle publique pendant 18 mois et que, en vertu du droit espagnol en matière d'immigration, il incombait à l'administration chargée de la tutelle, en l'espèce l'Institut madrilène de l'enfance (*Instituto Madrileño del Menor*), d'introduire la demande de permis de séjour au nom de l'enfant dès la constatation de l'impossibilité de renvoyer l'enfant dans son pays d'origine. Dans ces circonstances, l'enfant a le droit de recevoir un permis de séjour ayant des effets rétroactifs jusqu'au moment du début de la tutelle.

La Haute Cour de justice a admis que la loi n'avait pas imposé de date limite pour les demandes de permis de séjour à introduire par l'administration au nom d'un enfant. En revanche, la loi exige que l'enfant soit placé sous tutelle publique pendant au moins neuf mois avant l'introduction de la demande du permis de séjour. La Haute cour a souligné que cette lacune juridique avait été commentée par le Médiateur espagnol (*Defensor del Pueblo*), qui avait fait remarquer que ce problème devenait particulièrement grave quand les enfants approchaient de l'âge adulte, car ils risquaient alors de se retrouver dans une situation de grande vulnérabilité à cause de deux facteurs liés: le fait que l'autorité administrative responsable de la tutelle n'ait pas introduit la demande de permis de séjour en temps utile et le fait que, en conséquence, il soit trop tard pour émettre le permis de séjour auquel l'enfant avait droit.

En l'espèce, l'enfant avait dû introduire lui-même la demande de permis de séjour la veille de ses 18 ans. La Haute cour a estimé que l'exigence d'une période de neuf mois pour l'octroi du permis de séjour ne pouvait être dénuée de signification et que, par conséquent, l'administration ne pouvait se contenter d'attendre l'expiration de cette période pour lancer la procédure. Elle a également estimé que cette période de neuf mois devait être considérée en conjonction avec la disposition relative à la procédure de rapatriement, de façon que, si le rapatriement n'a pas été ordonné ni exécuté dans ce délai, le permis de séjour doit nécessairement être accordé à l'enfant. Le requérant aurait donc dû se voir délivrer un permis de séjour neuf mois après son placement initial sous tutelle publique.

La Haute cour a estimé que lorsque l'administration responsable de la tutelle n'introduisait pas la demande de permis de séjour dans la période de neuf mois prévue par la loi, l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est un principe d'ordre public, exige que l'enfant se voie accorder le droit d'introduire lui-même cette demande. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant commande aussi que l'on accorde à l'enfant un statut juridique lui permettant d'agir devant l'administration et de demander une assistance juridique pour la défense de ses droits, quelle que soit la personne qui exerce l'autorité parentale à son égard et même contre la volonté de ses tuteurs légaux.

Arrêt n° 645/2010 du Tribunal administratif (Juzgado Contencioso-Administrativo, Madrid) du 29.09.2010

Le Tribunal administratif a annulé la décision administrative par laquelle on avait refusé l'admission sur le territoire espagnol et ordonné le rapatriement de deux enfants non accompagnés de nationalité paraguayenne dont les parents séjournaient légalement en Espagne. Il a conclu que, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, il était nécessaire de suspendre l'exécution de la décision administrative afin d'empêcher un dommage prévisible pour les enfants.

Les circonstances particulières de l'affaire consistaient en ceci: le Ministère public (*Ministerio Fiscal*), chargé de défendre les intérêts des enfants, n'avait pas été entendu lors de la procédure administrative; les parents des enfants étaient en séjour régulier en Espagne; et un danger potentiel attendait les enfants dans leur pays d'origine, comme indiqué par une plainte déposée auprès de la police paraguayenne. Le Tribunal administratif a invoqué le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (le principe de *favor minoris*, pour reprendre l'appellation employée) tel qu'il est inscrit dans la CDE ainsi que dans la législation et la jurisprudence espagnoles. En l'espèce, le Tribunal a estimé que l'intérêt supérieur des enfants était de rester en Espagne auprès de leurs parents et de jouir du maintien de l'unité familiale. Il a par conséquent ordonné que l'on admette immédiatement les enfants en Espagne et qu'on les remette à leurs parents.

6. Royaume-Uni

En vertu de la section 3 de la Loi de 1971 sur l'immigration, tout ressortissant d'un pays hors EEE est tenu d'obtenir une autorisation de rester au Royaume-Uni afin de régulariser son séjour, à moins d'être titulaire du «droit d'établissement» (*right of abode*)²¹⁵. Cette disposition concerne tant les enfants que les adultes. Selon l'annexe 2 à la Loi de 1971 sur l'immigration, toute personne, même mineure, qui accède illégalement au territoire britannique s'expose à une expulsion administrative du pays. Néanmoins, la section 77 de la Loi de 2002 sur la nationalité, l'immigration et l'asile interdit l'expulsion des personnes ayant une demande d'asile en cours. De même, la section 78 interdit l'expulsion pour les personnes qui attendent le jugement de l'appel interjeté contre une décision leur refusant l'asile. Si un adulte demande asile, soit il est placé en détention en vertu du paragraphe 16 de l'annexe 2 à la Loi de 1971 sur l'immigration, soit l'admission temporaire lui est accordée en vertu du paragraphe 21 de la même annexe pendant la période où sa demande est examinée et celle où les éventuels droits d'appel sont épuisés. Les enfants non accompagnés ou séparés ne sont pas placés en détention pour plus longtemps que les quelques heures nécessaires à l'organisation des possibilités alternatives de prise en charge. La décision d'une mise en détention dans ces circonstances exceptionnelles ne peut être prise que pour assurer la protection de l'enfant et doit tenir compte de l'obligation de sauvegarder et de favoriser son bien-être²¹⁶. Au lieu d'être mis en détention, ces enfants se voient accorder une admission temporaire en vertu du paragraphe 21 de l'annexe 2, et sont renvoyés aux services de l'enfance de l'autorité locale concernée qui leur fourniront un logement et de l'aide²¹⁷. En pratique, les enfants non accompagnés ou séparés sont encouragés à demander asile car ils ont ainsi droit à une admission temporaire. Lorsqu'ils introduisent cette demande, ils peuvent en outre argumenter que leur expulsion constituerait une violation de la Convention européenne des droits de l'homme ou alors qu'ils ont le droit de rester dans le pays pour des motifs humanitaires, aspect qui sera également pris en considération par le ministre de l'Intérieur. Si celui-ci décide qu'un enfant a droit à une protection au titre de la Convention sur les réfugiés, l'enfant recevra une autorisation initiale pour séjourner au Royaume-Uni pendant une période de cinq ans. Si les craintes de l'enfant portent sur un motif non couvert par la Convention sur les réfugiés, mais qu'il existe des motifs sérieux de croire que l'enfant sera exposé à un risque réel de dommages importants en cas de retour dans son pays d'origine, l'enfant se verra accorder une protection humanitaire en vertu du paragraphe 339C de la Loi de 1971 sur l'immigration pour une période initiale de trois ans, dont il pourra ensuite demander la prolongation. Si le ministre de l'Intérieur décide que l'expulsion de l'enfant constituerait une violation de la CEDH, il accorde à l'enfant une autorisation discrétionnaire de rester pour une période initiale de trois ans, renouvelable une fois; au terme de cette période de six ans, l'enfant pourra introduire une demande d'autorisation de séjour au Royaume-Uni sans limite de temps²¹⁸.

²¹⁵ Les titulaires de ce droit sont notamment les personnes possédant la citoyenneté britannique à part entière et certains citoyens du Commonwealth qui ont conservé un droit d'établissement après l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1983, de la Loi britannique de 1981 sur la nationalité parce qu'ils avaient des parents nés au Royaume-Uni ou qu'ils avaient acquis par mariage un droit d'établissement.

²¹⁶ *Enforcement Instructions and Guidance*, chapitre 55, paragraphe 55.5.3, UK Border Agency.

²¹⁷ *Processing an Asylum Application from a Child*, Asylum Process Guidance, UK Border Agency, paragraphe 6.4.

²¹⁸ *Humanitarian Protection and Discretionary Leave*, Asylum Policy Instructions, UK Border Agency.

Si un enfant non accompagné a été conduit au Royaume-Uni dans un contexte de traite des êtres humains, il peut aussi bénéficier des politiques²¹⁹ adoptées par le Royaume-Uni quand, au 1^{er} avril 2009, le pays a fait entrer en vigueur la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains. Selon le Mécanisme national de renvoi (*National Referral Mechanism - NRM*) mis en place dans le cadre de cette politique, un enfant victime de la traite peut demander une période initiale de récupération et de réflexion de 45 jours si la *Border Agency* du Royaume-Uni, qui agit en tant qu'autorité compétente aux fins du NRM à l'égard des ressortissants des pays hors EEE, décide qu'il existe des motifs sérieux de croire que l'enfant a effectivement été victime de la traite. Si l'Agence décide que de tels motifs existent, l'enfant se voit accorder une admission temporaire en vertu du paragraphe 21 de l'annexe 2 de la Loi de 1971 sur l'immigration. Si, pendant ces 45 jours ou davantage si nécessaire, l'Agence décide, selon la balance des probabilités, que l'enfant est une victime de la traite, celui-ci est en droit de recevoir un permis de séjour d'un an renouvelable. Le premier élément justifiant l'octroi d'un tel permis est le fait que l'autorité compétente estime que le séjour de l'enfant s'impose en raison de sa situation personnelle (par exemple une mauvaise santé, une grossesse ou la nécessité d'achever une formation). Le deuxième élément est que le séjour est nécessaire parce que l'enfant fournit à la police des preuves dans le cadre d'une enquête pénale ou qu'il a consenti à comparaître comme témoin dans le procès pénal d'un passeur. Les cas d'enfants ayant reçu de tels permis de séjour n'ont pas encore fait l'objet d'une publication de données.

Selon la politique publiée par le ministre de l'Intérieur, aucun enfant non accompagné ou séparé à qui l'on a refusé l'asile, la protection humanitaire ou l'autorisation discrétionnaire aux fins de la CEDH ne peut être expulsé du Royaume-Uni si des dispositions d'accueil sûres et adéquates n'attendent pas l'enfant dans le pays vers lequel l'expulsion est envisagée²²⁰. S'il cette condition n'est pas remplie, l'enfant reçoit l'autorisation discrétionnaire de rester au Royaume-Uni jusqu'à l'âge de 17 ans et demi ou pendant une période de trois ans, la plus courte des deux périodes étant appliquée²²¹. Avant l'expiration de cette période autorisée, la *Border Agency* du Royaume-Uni est censée organiser une «réunion de contact» avec l'enfant et le travailleur social qui lui est affecté afin de déterminer si l'enfant a l'intention de demander une autre autorisation de séjour (sur la base du fait que le refus de cette autorisation constituerait une violation de la Convention sur les réfugiés ou de la Convention européenne des droits de l'homme)²²².

Quand il examine une demande introduite par un enfant, le ministre de l'Intérieur est tenu, en vertu de la section 55 de la Loi de 2009 sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration, de tenir compte de la nécessité de sauvegarder et de favoriser le bien-être de tout enfant présent sur le territoire du Royaume-Uni. Cette politique est énoncée plus en détail par la *Border Agency* dans ses orientations sur la procédure d'asile (*Asylum Process Guidance*), sous la section consacrée au traitement des demandes d'asile introduites par des enfants (*Processing an Asylum Application from a Child*). Le Royaume-Uni n'a pas transposé la CDE dans son droit, et sa législation ne fait pas référence à l'obligation imposée par l'article 3 de la CDE. Toutefois, la politique précitée stipule que «dans toute prise de décision relative à un enfant ou un jeune, il faut dûment prendre en compte l'intérêt supérieur de celui-ci, conformément à notre responsabilité au titre de l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et de la section 55 de la Loi de 2009 sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration». Dans l'affaire *ZH (Tanzania) contre Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 4, la Cour suprême a également assimilé l'obligation établie par la section 55 de la Loi de 2009 sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration à l'obligation imposée par l'article 3 de la CDE.

Affaire T. contre Secretary of State for the Home Department, appel n° SC/31/2005 de la Commission spéciale des appels en matière d'immigration (Special Immigration Appeals Commission)

T., ressortissant algérien, est arrivé au Royaume-Uni et y a demandé asile. Le 9 août 2005, il lui a été notifié que le ministre de l'Intérieur avait l'intention de l'expulser du Royaume-Uni au motif que sa présence dans ce pays n'était pas favorable à l'intérêt public. Étant allégué que T. constituait un

²¹⁹ Voir *Working together to safeguard children who may have been trafficked HM Government*, Department of Children, Schools and Families and the Home Office 2007, London Procedure for Safeguarding Trafficked and Exploited Children, London Child Protection Committee, 2007.

²²⁰ *Processing an Asylum Application from a Child*, Asylum Process Guidance, UK Border Agency, paragraphe 17.7.

²²¹ *Processing an Asylum Application from a Child*, Asylum Process Guidance, UK Border Agency, paragraphe 17.7.

²²² *Active Review of Unaccompanied Asylum Seeking Children (UACS) Discretionary Leave*, Section 3, Asylum Process Guidance, UK Border Agency.

risque pour la sécurité nationale en raison de ses liens avec des activités du terrorisme international, il a été placé en détention en attendant son expulsion. Un ordre d'expulsion a été émis à son encontre mais T. a demandé à ce que cet ordre soit annulé. Quand cette demande a été refusée, il a fait appel de cette décision.

T. a déclaré que son expulsion vers l'Algérie serait illégale et a fait valoir l'effet que cette expulsion aurait sur ses quatre enfants, nés au Royaume-Uni. En particulier, il a affirmé que l'intérêt supérieur de ses enfants devait être une considération primordiale à prendre en compte dans toute décision visant à l'expulser. Le SIAC a admis cet argument et a accordé un poids considérable à l'intérêt supérieur des enfants au moment de déterminer si l'expulsion de T. et de sa famille vers l'Algérie constituerait une violation de l'article 8 de la CEDH. En particulier, il a précisé que «dans un cas comme celui-ci, où l'on ne trouve plus de motifs convaincants de croire que T. constitue un risque pour la sécurité nationale, l'intérêt supérieur des enfants qui ont passé toute leur vie au Royaume-Uni, en particulier les deux aînés, doit avoir un poids considérable dans l'équilibre que le ministre de l'Intérieur et nous-mêmes devons rechercher en vertu de l'article 8 de la CEDH».

Affaire CL. (Vietnam) contre Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA Civ 1551

Cette affaire concernait un enfant non accompagné qui avait été amené du Vietnam par un acte relevant de la traite des êtres humains. Le ministre de l'Intérieur jugeait raisonnable de renvoyer cet enfant au Vietnam pour l'y faire placer en institution. Au paragraphe 21 du compte rendu, la Cour d'appel a déclaré ceci: «Dans le cas d'un demandeur mineur, il semble difficile pour un décideur de réaliser une évaluation adéquate de l'effet potentiel de l'expulsion sur le droit de l'enfant au respect de sa vie privée sans prendre en compte la situation qui attend l'enfant en cas d'expulsion. Cette situation doit assurément inclure, dans la plupart des cas, des conditions d'accueil et de prise en charge adéquates pour l'enfant dans le pays de destination. Si ces conditions sont inadéquates, de graves conséquences sont à craindre pour le bien-être physique et mental de l'enfant». La Cour a ensuite estimé ceci: «Il me semble impossible que cet aspect de l'évaluation soit retiré au juge pour l'immigration et confié au ministre de l'Intérieur, car le juge aurait alors à statuer sur la demande au titre de l'article 8 en se basant uniquement sur une partie des faits et sur une vision incomplète de la situation».

Affaire Z.H. (Tanzanie) contre Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 4

Z.H., une ressortissante de Tanzanie, avait introduit, en vain, trois demandes d'asile, dont deux sous une fausse identité. En conséquence de ces refus, elle était passible d'une expulsion du Royaume-Uni. Toutefois, pendant son séjour au Royaume-Uni, elle avait donné naissance à deux enfants, le premier en 1998 et le second en 2001. Le père des enfants, avec qui ils étaient encore en contact, était citoyen britannique. Les enfants étaient également de nationalité britannique.

Au moment de déterminer si l'expulsion de Z.H. vers la Tanzanie était une mesure proportionnée aux fins de l'article 8(2) de la CEDH, Lady Hale, se prononçant au nom des autres membres de la Cour suprême, a fait remarquer que l'article 3 de la CDE était «une obligation contraignante en droit international» et que la section 55 de la Loi de 2009 sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration avait traduit «l'esprit, si pas l'énoncé précis» de l'article 3 de la CDE en droit national.

La Cour suprême a ensuite estimé qu'il ne serait pas dans l'intérêt supérieur des enfants que leur mère soit expulsée du Royaume-Uni et, par voie de conséquence, que cette expulsion serait illégale.

Depuis lors, un certain nombre d'affaires impliquant des enfants ont été traitées avec une prise en compte nécessaire des effets de la section 55 et, partant, de l'article 3 de la CDE.

Affaire D.S. (Afghanistan) contre Secretary of State for the Home Department [2011] EWCA Civ 305

D.S. était un enfant non accompagné qui était arrivé au Royaume-Uni et y avait demandé asile. Le ministre de l'Intérieur avait admis que, à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire *LQ (age; immutable characteristics) Afghanistan* [2008] UKAIT 00005, il pouvait être reconnu qu'il n'y avait pas de services d'accueil adéquats en Afghanistan pour les orphelins non accompagnés. D.S. n'était pas orphelin, mais son cas avait été assimilé à l'affaire précitée parce que son père était décédé et que, même si sa mère et son oncle maternel vivaient à Taghab, il avait perdu le contact avec eux. Le ministre de l'Intérieur avait estimé que D.S. n'avait pas prouvé la véracité de cette situation et qu'il n'avait donc pas droit à une protection internationale.

D.S. s'appuyait sur le règlement 6(1) des Règlements 2005 (SI 2005/7) sur les demandeurs d'asile (conditions d'accueil), qui stipule que «pour protéger l'intérêt supérieur du mineur non accompagné, le ministre de l'Intérieur s'efforce de retrouver les membres de sa famille dès que possible», pour autant que cette recherche n'implique pas de risques pour l'enfant ou sa famille. Par conséquent, D.S. a affirmé qu'il incombait au ministre de l'Intérieur de vérifier si sa mère et son oncle pouvaient être retrouvés et le prendre en charge. Les règlements en matière d'accueil ont transposé dans le droit national la Directive du Conseil 2003/9/CE relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile. Par conséquent, au paragraphe 62 du jugement, le juge Lloyd s'est également rappelé et à rappelé à la Cour que, selon l'article 18, paragraphe 1, de la Directive européenne 2003/9/CE, l'intérêt supérieur de l'enfant devait constituer une considération primordiale lors de l'application des dispositions de la Directive.

En réponse, le ministre de l'Intérieur a argumenté que, en vertu de la Convention sur les réfugiés, la charge de la preuve repose sur le demandeur d'asile, qui est tenu de démontrer qu'il a droit à une protection internationale. Néanmoins, la Cour d'appel s'est référée au paragraphe 45 de l'arrêt rendu dans l'affaire *Z.H.* et au fait que l'article 3 de la CDE, et en particulier la section 55 de la Loi de 2009 sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration qui impose au ministre de l'Intérieur de sauvegarder et favoriser le bien-être de l'enfant, exigeait l'adoption d'une attitude proactive dans le cas du renvoi d'un enfant non accompagné vers les membres de sa famille à l'étranger. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que le ministre de l'intérieur était tenu, le cas échéant, d'entreprendre des recherches pour retrouver la famille de l'intéressé. Les juges Pill et Lloyd se sont également appuyés sur le paragraphe 80 de l'Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, adoptée par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui établit ceci: «la recherche de la famille constitue une composante essentielle de toute recherche d'une solution durable et elle devrait être prioritaire».

En outre, le juge Rimmer a admis que l'appel devait être accueilli car «aucune mesure n'avait été prise par le ministre de l'Intérieur en vue de vérifier la présence en Afghanistan de services d'accueil adéquats pour le requérant, et qu'il n'avait pas été procédé à un examen de l'intérêt supérieur tel qu'évoqué au chapitre 15 du document politique du ministre de l'Intérieur intitulé *Traitement des demandes d'asile introduites par des enfants (Processing an Asylum Application from a Child)*.

C. BONNES PRATIQUES

À partir des affaires examinées et de celles qui l'ont été lors du colloque judiciaire, il est permis d'identifier les bonnes pratiques suivantes:

Concernant la substance des décisions:

- Annuler la décision de renvoyer un enfant dans son pays d'origine sans son tuteur s'il n'a pas de membre de sa famille pour l'aider sur place et s'il n'y trouvera pas de conditions d'accueil adéquates.

- Considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant est de retourner vivre auprès de ses parents dans son pays d'origine si ceux-ci peuvent le prendre en charge et faciliter son retour.
- Décider qu'un enfant ne peut être renvoyé dans un pays en guerre, malgré le fait qu'il ait été envoyé dans le pays de destination par sa mère, si celle-ci n'a pas pu être retrouvée et que l'enfant n'a pas été en contact avec elle pendant deux ans.
- Décider qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le renvoyer dans son pays d'origine si sa mère se trouve dans le pays de destination et que son père, qui est resté dans son pays d'origine, ne peut le prendre en charge.
- Considérer qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être renvoyé dans son pays d'origine avec un parent si son autre parent reste dans le pays de destination.
- Reconnaître que l'intérêt supérieur de tout enfant au sein d'une famille doit revêtir une importance particulière si cet enfant a séjourné dans un pays d'accueil pendant plusieurs années, quelles que soient les accusations portées à l'encontre de ses parents.

Concernant les exigences procédurales:

- Considérer que s'il a été proposé de renvoyer un enfant dans son pays d'origine, il ne sera possible de sauvegarder et de favoriser son bien-être que si l'État prend des mesures pour retrouver sa famille avant de prendre une quelconque décision d'expulsion.
- Considérer que, avant de renvoyer un enfant dans son pays d'origine pour y être placé en institution, il importe de réaliser une évaluation consciencieuse de la qualité des conditions d'accueil et de prise en charge proposées.
- Reconnaître les formes de vie familiale différentes de la cellule familiale aux fins du regroupement familial, notamment l'autorité parentale basée sur la *kafalah* de droit islamique et la tutelle exercée par une tante ou un oncle.
- Protéger l'enfant contre l'expulsion dans les cas où sa situation d'immigration irrégulière est due à l'ignorance ou la négligence de ses parents à l'égard des procédures d'immigration légale.
- Exiger que les décisions administratives de renvoi d'un enfant dans son pays d'origine soient clairement justifiées et montrent que la situation particulière de l'enfant a été dûment prise en considération.
- Considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant consiste à lui permettre d'introduire lui-même une demande de séjour et d'être partie à toute procédure judiciaire si les tuteurs qui lui ont été affectés négligent de le faire.

- Exiger que les organismes publics chargés de donner à l'enfant une tutelle légale agissent avec diligence afin d'obtenir un permis de séjour si l'enfant approche de l'âge de 18 ans, faute de quoi l'enfant devenu adulte aura le statut de migrant en séjour irrégulier et se retrouvera dans une situation extrêmement vulnérable.
- Considérer qu'un parent n'est protégé contre l'expulsion que s'il a maintenu des liens étroits avec un enfant censé rester dans un pays de destination et qu'il a contribué à la subsistance et au développement de cet enfant.

Chapitre 4: L'article 3 de la CDE par rapport à l'accès aux services sociaux de base et à l'exercice d'autres droits

L'accès aux services sociaux de base et l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels revêtent une importance cruciale pour les migrants. Les obstacles auxquels ceux-ci sont confrontés pour accéder à ces services et droits constituent une problématique fondamentale dans le domaine des droits de l'homme et sont à la fois une cause et une conséquence de l'exclusion sociale. Les enfants migrants non accompagnés, en particulier, sont souvent victimes de discrimination et se voient refuser l'accès à la nourriture, à un abri, au logement, aux services de santé et à l'éducation²²³. De plus, comme tous les droits de l'homme sont indissociables et interdépendants²²⁴, le fait de ne pas protéger et garantir les droits économiques, sociaux et culturels peut avoir de graves répercussions sur l'exercice des droits civils et politiques et inversement. Par exemple, l'exigence qui consiste à présenter un permis de séjour afin d'enregistrer un enfant à sa naissance a pour effet de priver les enfants nés de parents migrants irréguliers du droit à l'identité et à l'enregistrement de leur naissance, ce qui par la suite pourra entraîner pour ces enfants l'impossibilité d'accéder à l'éducation²²⁵.

L'article 2 de la CDE engage les États à respecter les droits qui sont énoncés dans la Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de l'origine nationale ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux. L'Observation générale n° 6 souligne ce point en stipulant que la jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors être accessible à tous les enfants – y compris les enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants –, sans considération de leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie²²⁶.

Le Comité des droits de l'enfant a également noté que ces obligations des États ne pouvaient être restreintes arbitrairement et unilatéralement, que ce soit en excluant certaines régions, zones d'attente ou autres du territoire de l'État ou en définissant des zones ou régions particulières comme ne relevant pas ou ne relevant que partiellement de la juridiction de l'État. Les obligations qui incombent à un État en vertu de la Convention s'appliquent à l'intérieur de ses frontières, y compris à l'égard des enfants qui passent sous sa juridiction en tentant de pénétrer sur son territoire²²⁷.

Les enfants non accompagnés ou séparés doivent bénéficier de l'obligation imposée à l'État en vertu de l'article 20 de la CDE et ont droit à une protection et une aide spéciales de l'État, y compris sous la forme d'un placement dans une famille d'accueil ou dans un établissement pour enfants approprié. Lors du choix parmi les solutions possibles, il importe de tenir compte des vulnérabilités propres à chaque enfant. Il faut en particulier prendre dûment en considération la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. De plus, les dispositions en matière de prise en charge et d'hébergement doivent répondre aux exigences découlant de la CDE, par exemple: les enfants ne devraient pas, en règle générale, être privés de liberté; les changements de résidence des enfants devraient être limités aux cas où ces changements sont dans l'intérêt supérieur de l'intéressé; une supervision et une évaluation devraient être assurées régulièrement afin de veiller, entre autres aspects, à la santé physique et psychosociale de l'enfant et à son accès à des moyens et possibilités d'éducation et de formation professionnelle²²⁸.

En application de l'article 37 de la Convention et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, les enfants non accompagnés ou séparés ne devraient pas, en règle générale, être placés en détention.

²²³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 3.

²²⁴ Comme l'indique l'Observation générale n° 6, «tous les droits de l'homme, dont ceux énoncés dans la Convention, sont indissociables et interdépendants» (paragraphe 6).

²²⁵ Déclaration d'ouverture de Marcia Kran, directrice de la Division de la recherche et du droit au développement, HCNUDH, lors de la Consultation sur le thème «La protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations», 25 mai 2010.

²²⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 12.

²²⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 12.

²²⁸ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphes 39 et 40.

La détention ne saurait être justifiée par le seul fait que l'enfant est séparé ou non accompagné, ni par son seul statut au regard de la législation relative à l'immigration ou à la résidence ou l'absence d'un tel statut. Quand une détention se justifie à titre exceptionnel pour d'autres raisons, elle doit se dérouler conformément à l'article 37 b) de la Convention, qui dispose que la détention doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible. En conséquence, aucun effort ne devrait être négligé, notamment en vue de l'accélération de la procédure pertinente, pour permettre la libération immédiate d'un enfant non accompagné ou séparé retenu en détention et le placer dans d'autres formes d'hébergement appropriées. Des dispositions spéciales doivent être prises pour mettre en place des quartiers adaptés aux enfants permettant de les séparer des adultes, à moins qu'il ne soit pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de procéder de la sorte. Les installations ne devraient pas être situées dans des zones isolées, ni être dépourvues d'accès à des ressources communautaires appropriées culturellement et d'accès à une assistance juridictionnelle. Les enfants devraient avoir la possibilité d'entretenir des contacts réguliers et de recevoir la visite d'amis, de parents, de leur conseiller religieux ou juridique et de leur tuteur. Ils devraient également avoir la possibilité de se procurer tous les articles de première nécessité, ainsi que de bénéficier, au besoin, d'un traitement médical et de conseils psychologiques appropriés. Durant leur détention, les enfants ont le droit à l'éducation, laquelle devrait dans l'idéal être dispensée en dehors des locaux de détention afin de faciliter la poursuite de l'éducation à la libération. Les enfants ont également le droit aux loisirs et au jeu, conformément à l'article 31 de la Convention²²⁹.

Aux termes de l'article 28 de la CDE, il est demandé aux États d'assurer la continuité de l'accès des enfants à l'éducation durant toutes les phases du cycle de déplacement. Tout enfant migrant, sans considération de son statut, doit avoir pleinement accès à l'éducation dans le pays dans lequel il est entré. Cet accès devrait être accordé sans discrimination et, en particulier, les filles migrantes doivent jouir de l'égalité d'accès à l'éducation formelle et informelle, y compris à tous les niveaux de la formation professionnelle. L'accès à une éducation de qualité devrait également être garanti aux enfants ayant des besoins spéciaux et aux enfants handicapés. Tous les adolescents devraient être autorisés à suivre une formation ou un enseignement technique ou professionnel, et des possibilités d'apprentissage ou d'éducation et des programmes d'apprentissage préprimaire devraient être offerts aux enfants migrants en bas âge²³⁰.

De plus, aux termes de l'article 27 de la CDE, les États parties doivent veiller à ce que tous les enfants migrants jouissent d'un niveau de vie suffisant pour permettre leur développement physique, mental, spirituel et moral, et leur offrir une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, l'habillement et le logement²³¹. De même, s'agissant de la mise en œuvre du droit de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier des services médicaux, aux termes de l'article 24 de la CDE, les États parties sont tenus de veiller à ce que les enfants migrants bénéficient du même accès que les enfants ressortissants du pays, en tenant compte du sort et des éléments de vulnérabilité propres aux enfants non accompagnés ou séparés²³².

A. ACCÈS AUX DROITS ET AUX SERVICES SOCIAUX DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'UE

En Europe, les enfants migrants ont habituellement le droit, en vertu de la loi, d'accéder aux services de base comme le logement, l'enseignement et les soins médicaux, quel que soit le statut de leurs parents au regard de l'immigration. Dans bien des cas, toutefois, ils sont exclus de fait de l'accès aux services sociaux et sont en fin de compte confrontés à l'exclusion sociale²³³. Pour ce qui concerne les soins de santé, en particulier, on constate que les pratiques dans les divers pays d'Europe ne sont

²²⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphes 61 et 63.

²³⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphes 41 et 42.

²³¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 44.

²³² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphes 46 et 47.

²³³ Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphe 53.

pas toujours cohérentes par rapport aux normes juridiques et, surtout, que les droits aux soins de santé des migrants sans papiers ne sont pas toujours mis en œuvre de façon uniforme par les autorités régionales et locales²³⁴.

Par ailleurs, même s'il ne leur est pas expressément interdit d'avoir accès au logement, à l'éducation et aux soins de santé, les enfants migrants, en particulier ceux en situation d'immigration irrégulière, peuvent encore en être privés de nombreuses façons. Les enfants migrants et leur famille vivent souvent dans des logements ne répondant pas aux normes, soit parce qu'ils ne peuvent pas payer de loyers élevés, soit parce que leur statut juridique les empêche de louer un appartement légalement ou parce qu'ils ont rejoint des communautés de leur diaspora qui vivent dans des quartiers délabrés et isolés. L'accès à l'éducation et aux soins de santé peut être entravé par la crainte que leur situation irrégulière ne soit signalée à la police par les enseignants ou le personnel médical, mais également par le niveau inabordable des frais d'inscription scolaire et des soins de santé ainsi que par un manque général d'information sur les droits des migrants en matière de services et biens en matière d'éducation et de santé²³⁵.

Concernant les services d'accueil, des préoccupations ont été exprimées concernant le fait que les exigences minimales ne sont pas toujours respectées et que la distinction entre centre d'accueil et centre de détention n'est pas toujours facile à établir, ce qui peut expliquer le grand nombre d'enfants qui «disparaissent»²³⁶ des centres d'accueil. Les centres d'accueil ayant souvent une capacité limitée, les arrivées imprévues les obligent parfois à trouver des solutions de fortune, avec pour conséquence que des enfants sont logés dans des installations ne répondant pas aux normes en vigueur²³⁷. Par ailleurs, comme l'a fait remarquer Marc Dallemagne, juge au Tribunal du travail de Bruxelles, pendant le colloque judiciaire, les enfants non accompagnés ou séparés sont parfois logés dans des hôtels, où ils se retrouvent très isolés. Les juges réunis lors du colloque judiciaire se sont généralement accordés pour dire que les enfants migrants ne devraient pas être logés dans des centres d'accueil aux côtés d'adultes migrants sans parenté avec eux, mais aussi que ces enfants ne devraient pas être logés seuls.

Toujours pendant le colloque judiciaire, cette autre inquiétude a été soulevée par la juge Catherine Sultan: les institutions qui hébergent les enfants non accompagnés ou séparés ne sont pas nécessairement préparées à aider et prendre en charge les enfants ayant un statut d'immigration irrégulière, surtout si un long séjour s'impose. En outre, le Comité des droits de l'enfant a estimé que les États membres de l'UE recevant des enfants demandeurs d'asile ne disposaient pas de suffisamment de services adéquats, notamment pour assurer la réadaptation et la réinsertion de ces enfants²³⁸.

Les types d'installations d'accueil et les conditions d'accueil, en particulier les conditions matérielles et le niveau d'aide sociale, varient considérablement entre les États membres de l'UE et au sein de ceux-ci. Certains pays, comme le Danemark, l'Italie ou l'Espagne, ont mis en place des centres réservés exclusivement aux enfants migrants non accompagnés. En revanche, dans d'autres pays, comme la Pologne, ces enfants sont logés dans des orphelinats ou des centres d'accueil pour enfants migrants ou pour enfants en général. Parfois, les enfants migrants non accompagnés sont logés dans

²³⁴ Même dans les cas où l'accès aux soins médicaux est assuré, ceux-ci ne présentent pas toujours la qualité requise à cause du fait que le personnel médical manque d'information sur les besoins spéciaux des enfants non accompagnés. Une observation similaire peut être faite dans le domaine de l'éducation car la transition de l'enfant vers l'enseignement ordinaire se traduit souvent par l'absence de prise en compte de ses besoins spécifiques et de la détresse dont il a peut-être souffert. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The Protection of the Rights and Special Needs of Irregular Immigrant Minors and Asylum Seeking Children*, 2008, p. 18.

²³⁵ Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, juillet 2010, paragraphes 63 à 51.

²³⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The Protection of the Rights and Special Needs of Irregular Immigrant Minors and Asylum Seeking Children*, 2008, p. 16; Exposé des motifs par Mailis Reps, Rapporteuse de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, Conseil de l'Europe, *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe*, mars 2011, paragraphes 55 et 56.

²³⁷ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The Protection of the Rights and Special Needs of Irregular Immigrant Minors and Asylum Seeking Children*, 2008, p. 15.

²³⁸ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The Protection of the Rights and Special Needs of Irregular Immigrant Minors and Asylum Seeking Children*, 2008, p. 14.

des ailes séparées de centres d'accueil pour adultes demandeurs d'asile, comme en Slovaquie, en Lituanie ou en Hongrie²³⁹.

Par ailleurs, des variations importantes se remarquent au sein des États membres dans la façon d'attribuer la responsabilité de l'accueil et de la prise en charge des enfants non accompagnés. Dans certains cas, l'accueil et la prise en charge sont financés par le gouvernement central, dans d'autres, par les régions, les autorités locales, des ONG ou une combinaison de ces acteurs. Cette situation génère divers problèmes et peut se traduire par un traitement des enfants qui ne répond pas aux normes, surtout en raison du temps mis pour déterminer quelle autorité est légalement responsable d'un cas ou d'un problème particulier²⁴⁰ ou pour savoir à qui il incombe de payer le logement.

B. JURISPRUDENCE NATIONALE

Les tribunaux nationaux sont très protecteurs à l'égard du droit que les enfants migrants ont de bénéficier des services de base comme le logement, l'éducation et les soins de santé, indépendamment du statut de leurs parents au regard de l'immigration et ont tendance à annuler les décisions administratives visant à limiter leurs droits ou à les soumettre à condition en requérant la preuve qu'ils disposent d'un permis de séjour valable.

Dans nombre de pays, les enfants non accompagnés ou séparés ont le droit de se voir désigner un représentant légal, dont le rôle est notamment de veiller à la sécurité et à la bonne prise en charge des enfants. Les tribunaux nationaux peuvent se montrer très stricts dans leur façon d'exiger des organismes publics chargés de l'hébergement et de la représentation légale de ces enfants d'offrir à ceux-ci un logement adapté à leur âge.

Par ailleurs, certains tribunaux nationaux ont exprimé également des préoccupations quant au fait que les installations d'accueil et leurs règles de fonctionnement ne sont pas toujours adaptées aux besoins spécifiques des enfants. Au Royaume-Uni, de nombreuses actions en justice ont été intentées dans le but d'empêcher les autorités locales de limiter les services qu'elles fournissent aux enfants migrants non accompagnés et l'accès de ceux-ci aux «services d'aide aux jeunes sortant de placement» une fois qu'ils deviennent adultes et sont en attente d'une expulsion.

1. Belgique

Lorsque le gouvernement belge a ratifié la CDE, il a également fait une déclaration précisant qu'il n'interprétait pas le paragraphe 1^{er} de l'article 2 dans le sens que la non-discrimination fondée sur l'origine nationale impliquait nécessairement l'obligation pour les États de garantir d'office aux enfants migrants les mêmes droits qu'aux enfants belges. Et d'ajouter que «[ce] concept doit s'entendre comme visant à écarter tout comportement arbitraire, mais non des différences de traitement fondées sur des considérations objectives et raisonnables, conformes aux principes qui prévalent dans les sociétés démocratiques»²⁴¹. L'exercice par des enfants non belges des droits inscrits dans la CDE est donc sujet à des restrictions, ce que le Comité des droits de l'enfant a regretté dans ses récentes

²³⁹ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The Protection of the Rights and Special Needs of Irregular Immigrant Minors and Asylum Seeking Children*, 2008, p. 15.

²⁴⁰ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The Protection of the Rights and Special Needs of Irregular Immigrant Minors and Asylum Seeking Children*, 2008, p. 17.

²⁴¹ Voir http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr&clang=fr [19.09.2011].

Observations finales sur l'examen de la mise en œuvre de la CDE en Belgique²⁴². La jurisprudence examinée pour élaborer la présente section indique toutefois que les tribunaux belges protègent les enfants migrants, même ceux ayant un statut d'immigration irrégulière, contre la discrimination à l'accès aux prestations sociales, et ce non seulement sur la base de l'article 2 mais aussi de l'article 3 de la CDE.

En 2006, la CouEDH a décidé que la Belgique, en maintenant une fillette de cinq ans seule dans un centre de détention pour adultes migrants irréguliers, avait violé l'article 3 de la CEDH, en vertu duquel nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants²⁴³. Depuis lors, la législation belge a été modifiée afin que les enfants migrants ne puissent plus être placés dans des centres fermés à la frontière, au lieu de quoi ils sont placés dans ce que l'on appelle des Centres d'orientation et d'observation²⁴⁴. En 2010, le Comité des droits de l'enfant s'est félicité de la création d'une équipe pluridisciplinaire pour les mineurs voyageant seuls et de l'ouverture de deux centres d'accueil d'enfants demandeurs d'asile non accompagnés et séparés²⁴⁵.

Néanmoins, le Comité s'est dit préoccupé de ce que des enfants non accompagnés et séparés de plus de 13 ans qui ne déposent pas une demande d'asile se voient refuser l'accès dans les centres d'accueil et se retrouvent dans la rue et que, en raison du manque de places disponibles, des enfants non accompagnés peuvent être hébergés dans des centres d'asile pour adultes et, dans certains cas, ne recevoir aucun type d'assistance. De plus, le Comité a constaté que certains enfants et leurs parents sont encore hébergés dans des conditions précaires dans des locaux inadéquats pour des enfants, et que les familles dont la demande d'asile a été rejetée doivent quitter ces locaux et finissent souvent dans la rue²⁴⁶.

Arrêt du Tribunal de Première instance de Bruxelles, Chambre du Conseil du 16.10.2002

Le Tribunal a estimé que la détention d'une enfant de cinq ans dans un centre d'accueil pour adultes était incompatible avec l'article 3 de la CDE, et ordonné sa mise en liberté immédiate. Cette enfant d'origine congolaise avait été amenée de la République démocratique du Congo par son oncle, un ressortissant néerlandais vivant aux Pays-Bas. La mère de l'enfant, qui vivait au Canada en qualité de réfugiée, avait chargé son frère d'emmener l'enfant en Europe afin que celle-ci puisse la rejoindre au Canada. Étant donné que l'oncle n'était pas en possession des documents de voyage et de séjour nécessaires concernant sa nièce ni de documents l'autorisant à exercer l'autorité parentale sur elle, les autorités belges avaient refusé à l'enfant l'accès au territoire belge et ordonné son expulsion, suite à quoi l'oncle de l'enfant avait regagné les Pays-Bas et l'enfant avait été placée en détention dans un centre de transit à l'aéroport en attendant son expulsion.

Devant le Tribunal, la requérante avait demandé que l'on annule la décision d'expulsion et aussi, eu égard à l'âge et à la situation de l'enfant, que celle-ci soit libérée du centre d'accueil, où elle était fort isolée et où sa situation au milieu d'adultes étrangers inconnus risquait de lui faire subir des séquelles psychologiques. La requérante avait demandé que l'enfant soit placée auprès d'une jeune femme de nationalité belge, agissant en tant que parent d'accueil ou, à défaut, dans une institution pour enfants en bas âge. Tout en ordonnant que l'enfant soit immédiatement libérée du centre de transit, le Tribunal a cependant noté qu'il n'entrait pas dans sa compétence d'autoriser l'hébergement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans une institution. Il a donc déclaré que la requête n'était que partiellement fondée.

²⁴² Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant le rapport de la Belgique, CDE/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, paragraphes 9 et 10.

²⁴³ Affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga contre Belgique*, requête n° 13178/03, arrêt du 12.10.2006.

²⁴⁴ Rapport sur la Belgique pour l'étude comparative du REM, *Mineurs non accompagnés en Belgique. Modalités d'accueil, de retour et d'intégration*, juillet 2009, p. 41.

²⁴⁵ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la Belgique, CDE/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, paragraphe 74.

²⁴⁶ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la Belgique, CDE/C/BEL/CO/3-4, 18 juin 2010, paragraphes 74 à 76.

Arrêt n° 189/2004 de la Cour d'Arbitrage du 24.11.2004

La Cour a estimé que la disposition de la Loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, qui exclut les familles ayant un statut d'immigration irrégulière de l'accès à l'aide sociale, violait les articles 10 et 11 de la Constitution belge combinés avec les articles 2, 3, 24.1, 26 et 27 de la CDE. Le Tribunal du travail de Bruxelles avait demandé à la Cour d'Arbitrage d'émettre une décision préjudicielle sur la conformité de la disposition précitée par rapport à la Constitution et à la CDE, car cette disposition créait une différence de traitement entre les enfants selon le statut administratif de leurs parents.

La disposition contestée stipulait que, à l'égard des migrants en situation irrégulière, la mission du centre public d'aide sociale se limitait à l'octroi de l'aide médicale urgente. La Cour a rappelé un arrêt précédent dans lequel elle avait jugé que l'aide sociale devait pouvoir être accordée dès que ces trois conditions étaient réunies: les autorités compétentes constatent que les parents n'assument ou ne sont pas en mesure d'assumer leur devoir d'entretien de l'enfant; la demande concerne des dépenses indispensables au développement de l'enfant; et le centre d'aide sociale s'assure que l'aide sera exclusivement consacrée à couvrir ces dépenses afférentes à l'enfant. La Cour a également rappelé qu'il appartenait au centre d'accorder une telle aide sociale pour répondre aux besoins de l'enfant, sous la forme d'une aide directe (en nature) ou d'une prise en charge de dépenses au profit des parents.

La Cour a noté que l'article 2.2 de la CDE obligeait les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanctions motivées par la situation juridique de ses parents. La Cour a estimé que, dès lors qu'il est constaté que les parents n'assumaient pas ou n'étaient pas en mesure d'assumer leur devoir d'entretien de l'enfant, le mineur en situation illégale devait pouvoir bénéficier d'une aide sociale. Ni le statut administratif des parents, ni les motifs pour lesquels ceux-ci se maintiennent sur le territoire ne pourraient justifier que cette aide soit refusée au mineur, lorsqu'il n'existe aucun risque que les parents qui n'y ont pas droit puissent la détourner à leur profit.

2. France

En vertu de la législation française, l'accès aux droits sociaux et aux prestations financières est en principe ouvert aux enfants migrants, mais des restrictions persistent, surtout pour les enfants en situation d'immigration irrégulière. En effet, l'octroi de prestations financières dépend de la présentation de documents attestant du statut d'immigration régulière de l'enfant. De plus, alors que la Cour de cassation a reconnu que les familles de migrants résidant légalement en France avec leurs enfants avaient le droit aux prestations familiales, cette décision n'a pas encore été mise en pratique. Le Comité des droits de l'enfant, dans ses observations finales de 2009, a engagé la France à faire appliquer la décision de la Cour de cassation sur le droit des familles non françaises de bénéficier des prestations familiales²⁴⁷.

Ces dernières années, la question la plus controversée a été de savoir si les enfants migrants qui rejoignent leurs parents en situation régulière en France²⁴⁸, sans suivre les procédures établies pour le regroupement familial, ont droit aux prestations familiales. Selon le Code français de la sécurité sociale, pour avoir accès aux prestations sociales, l'enfant doit présenter un certificat médical délivré

²⁴⁷ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant la France, CDE/C/FRA/CO/4, 11 juin 2009, paragraphes 28 et 29.

²⁴⁸ L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation indique sans doute possible que, dans le cas où les parents et les enfants sont en situation irrégulière, les enfants n'ont pas droit aux prestations sociales. Voir http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/etude_discriminations_2910/discriminations_prohibees_2913/discriminations_droit_social_2914/discriminations_droit_securite_sociale_12136.html [19.09.2011].

par l'Office des migrations internationales²⁴⁹ dans le cadre de la procédure officielle de regroupement familial. Dans un premier temps, la Cour de cassation a interprété cette disposition comme impliquant que toute demande déposée au nom d'un enfant arrivé en France en dehors de la procédure de regroupement familial, par exemple au moyen d'un visa touristique, devait être rejetée alors même que son parent séjournait régulièrement en France.

La Cour de cassation a toutefois annulé son arrêt le 16.04.2004²⁵⁰ et estimé que, puisque la demanderesse était en séjour légal en France avec ses enfants au moment du dépôt de la demande auprès des Services sociaux, ses enfants avaient droit aux prestations familiales à compter de cette date, indépendamment du fait qu'elle avait présenté les certificats médicaux des enfants à une date ultérieure. Néanmoins, étant donné que la légalité du statut d'immigration des enfants n'était pas contestée dans cette affaire, la question du droit aux prestations sociales des enfants en situation irrégulière est restée en suspens.

En 2006²⁵¹, la Cour de cassation a directement traité cette question en déclarant que le fait de rendre l'accès aux prestations familiales tributaire de la présentation d'une preuve du statut d'immigration régulière des enfants concernés constituait une violation du principe de non-discrimination et entravait de façon disproportionnée le droit à la protection de la vie familiale²⁵². Les tribunaux français adoptent maintenant cette interprétation du droit, qu'ils jugent conforme aux articles 8 et 14 de la CEDH, ainsi qu'à l'article 3 de la CDE.

Néanmoins, cette question n'a pas été complètement réglée: dans deux arrêts du 3 juin 2011, la Cour de cassation a précisé qu'une distinction devait être établie entre les périodes antérieure et postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 sur le financement de la sécurité sociale. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'accès aux prestations familiales ne pouvait dépendre de la présentation d'un certificat médical délivré par l'Office des migrations internationales. Depuis l'entrée en vigueur de la Loi n° 2005-1579, le certificat médical est devenu indispensable, car les ressortissants étrangers ne peuvent demander des prestations familiales pour leurs enfants à charge que si ceux-ci sont entrés en France légalement dans le cadre d'une procédure formelle de regroupement familial. La Cour de cassation a jugé que cette exigence revêtait «un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants» et qu'elle ne portait pas une «atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», ni ne violait l'article 3.1 de la CDE²⁵³.

Une autre question controversée concernant le bien-être des enfants migrants en France est celle de leur détention dans des zones d'attente à la frontière française en attendant l'admission ou l'expulsion. Dans son rapport *Respect effectif des droits de l'homme en France*, daté du 15 février 2006, Alvaro Gil-Robles, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, a souligné que le séjour en zone d'attente se révélait particulièrement traumatisant pour tout enfant non accompagné ou séparé, qui se voit confronté à un monde d'adultes, parfois violents. M. Gil-Robles a donc appelé les autorités françaises à faire preuve de plus d'humanité, à considérer les enfants non accompagnés comme des enfants en danger et ainsi à les placer dans des lieux bénéficiant d'un accueil spécialisé et non plus dans une zone d'attente. À la suite de ce rapport, les autorités françaises ont apporté des améliorations considérables au traitement des enfants en zone d'attente, notamment en leur offrant des services médicaux et l'assistance d'éducateurs afin de mieux évaluer la situation propre à chaque enfant. Néanmoins, dans le rapport sur la situation en France établi par le commissaire en 2008, les problèmes juridiques et humains posés par la présence d'enfants dans les zones d'attente suscitaient encore de profondes préoccupations²⁵⁴.

S'il est un aspect du passage des enfants en zones d'attente qui a été particulièrement traité en justice, c'est la question de savoir si un juge d'un tribunal de la jeunesse doit être considéré comme

²⁴⁹ Cet organisme porte à présent le nom d'Office français de l'immigration et de l'intégration.

²⁵⁰ Arrêt n° 02-30.157 de la Cour de Cassation, Assemblée Plénière, du 16.04.2004.

²⁵¹ Arrêts n° 04-30.837 de la Cour de Cassation, 2^e Chambre civile, du 14.09.2006, et n° 05-12.666 du 06.12.2006.

²⁵²

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/etude_discriminations_2910/discriminations_prohibees_2913/discriminations_droit_social_2914/discriminations_droit_securite_sociale_12136.html [19.09.2011].

²⁵³ Arrêts de la Cour de Cassation, Assemblée plénière, n° 09-71.352 et 09-69.052 du 03.07.2011. Voir le Communiqué relatif aux arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juin 2011 – n° 09-71.352 et 09-69.052, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arrets_assemblee_20212.html [19.09.2011].

²⁵⁴ Dominique Sarcelet, *La protection du mineur isolé en zone d'attente*, dans «Recueil Dalloz», 2009, n° 26, pp. 1794 et 1795.

compétent pour se prononcer sur l'adoption de mesures d'assistance éducative au nom des enfants qui restent officiellement hors du territoire français, compte tenu du caractère extraterritorial des zones d'attentes situées à la frontière. Comme nous le verrons ci-dessous, la Cour de cassation a statué sur cette question et jugé que, en dépit de leur statut extraterritorial, les zones d'attente sont sujettes au contrôle administratif et juridictionnel français et que, par conséquent, les enfants placés dans ces zones ont droit à une assistance en vertu de la législation sur le bien-être des enfants en vigueur en France.

Arrêt n° 271/2008 de la Cour d'Appel de Rennes du 29.09.2008

La Cour d'appel a estimé que le fait de maintenir un bébé d'un an dans un centre de rétention pour migrants constituait un traitement inhumain contraire à l'article 3 de la CEH et a donc annulé la décision prise par le juge des libertés et de la détention d'étendre pour une période de 15 jours la détention administrative de l'enfant et de ses parents. Les parents du bébé avaient été sommés de quitter le territoire français et, n'ayant pas obtempéré, ils ont été sortis de leur domicile par la police et placés en rétention administrative en attendant leur expulsion.

La Cour d'appel a considéré que, même s'il disposait d'un espace réservé à l'accueil des familles, le centre de rétention restait un lieu d'enfermement où sont retenus des étrangers en vue de leur éloignement du territoire français, pour une durée pouvant atteindre 30 jours. Elle a estimé en particulier que le fait de maintenir dans un tel lieu une jeune mère de famille, son mari et leur bébé âgé d'un an constituait un traitement inhumain pour deux raisons spécifiques. Premièrement, l'enfant se trouvait soudainement soustrait, dès son plus jeune âge, à un cadre de vie habituel et approprié – le domicile de ses parents – pour se voir imposer, même temporairement, des conditions de vie tout à fait anormales pour un bébé d'un an. Deuxièmement, la souffrance morale et psychologique infligée aux parents en raison de la détention de leur bébé était, par sa nature, son importance et sa durée, suffisamment grave pour être considérée comme une forme de traitement inhumain. La Cour d'appel a estimé que la souffrance causée par la détention était manifestement disproportionnée au but poursuivi, c.-à-d. l'expulsion des parents du territoire français, ce d'autant plus que les intéressés disposaient d'une adresse connue en France²⁵⁵.

Arrêt n° 07-11.328 de la Cour de Cassation, 2^e Chambre civile du 23.10.2008

La Cour de cassation a jugé que, puisque l'admission au statut de réfugié avait un caractère purement récognitif, une personne à qui un titre de séjour avait été délivré à la suite de l'admission à ce statut avait droit aux prestations familiales avec effet rétroactif remontant jusqu'au moment du dépôt de la demande d'asile. La Cour a noté que, en vertu du code français de la sécurité sociale, tous les étrangers titulaires d'un titre de séjour bénéficiaient de plein droit des prestations familiales pour les enfants à leur charge résidant en France. Elle a également noté que, en vertu des articles 8 et 14 de la CEDH, la jouissance du droit à la vie privée et familiale devait être assurée sans distinction fondée sur l'origine nationale.

En l'espèce, le requérant était arrivé en France avec sa famille et avait obtenu le statut de réfugié, après quoi il avait demandé à ce que le bénéfice des prestations familiales lui soit accordé de manière rétroactive. La caisse d'allocations familiales n'avait fait remonter son droit aux prestations familiales qu'au mois suivant la date où un titre de séjour lui avait été accordé avec la mention «reconnu réfugié». Les instances inférieures avaient confirmé l'interprétation de la caisse d'allocations familiales, à savoir que le requérant n'avait droit aux prestations familiales qu'à partir du moment où il avait été reconnu réfugié et avait reçu le titre de séjour correspondant.

Toutefois, la Cour de cassation a noté que le requérant avait demandé l'asile dès son arrivée en France et qu'il avait été autorisé à séjourner dans ce pays avec sa famille, à titre temporaire, pendant le traitement de sa demande, ce qui signifiait qu'il avait été en situation d'immigration régulière dès la date de soumission de sa demande d'asile. La Cour de cassation a donc cassé l'arrêt de l'instance inférieure et renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Toulouse en vue d'un nouvel arrêt.

²⁵⁵ Il est à noter qu'une interprétation similaire a été rejetée par la Cour de cassation (arrêt du 10.12.2009) dans une affaire où un couple avait été placé en rétention administrative avec un bébé de deux mois et demi.

Arrêt n° 08-14.125 de la Cour de Cassation, 1^{re} Chambre civile du 25.03.2009

Selon la Cour de cassation, étant donné que la zone d'attente d'un aéroport se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national, l'instance inférieure avait fait erreur en considérant qu'un enfant migrant non accompagné ou séparé placé en zone d'attente ne pouvait bénéficier des mesures de protection (mesures d'assistance éducative) prévues par le Code civil français pour les enfants dont la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger ou dont les conditions d'éducation sont gravement compromises. D'après le raisonnement de l'instance inférieure, ces mesures de protection n'étaient applicables qu'aux enfants qui avaient déjà été admis sur le territoire français.

L'appel avait été déposé au nom d'un jeune de 17 ans, de nationalité irakienne, qui était arrivé non accompagné à l'aéroport Roissy Charles de Gaulle, qui s'était vu refuser l'admission sur le territoire français, puis avait été placé en zone d'attente. Ensuite, un juge des libertés et de la détention avait autorisé son maintien dans cette zone d'attente pour une durée de huit jours. Cette décision avait été confirmée par la Cour d'appel au motif que, si tout enfant se trouvant sur le territoire français peut faire l'objet d'une mesure de protection en application des dispositions de l'article 375 du Code civil, cette mesure de protection ne pouvait être mise en œuvre que sur le territoire national, or le requérant n'avait pas encore été autorisé à entrer en France. La Cour suprême, jugeant que la Cour d'appel avait mal interprété la loi, a annulé son arrêt.

3. Italie

En Italie, les enfants migrants ont en principe les mêmes droits aux soins de santé et à l'éducation que les enfants italiens. Les enfants migrants titulaires d'un permis de séjour peuvent s'inscrire auprès du Service de santé national (*Servizio Sanitario Nazionale*) et ont droit à toutes les prestations fournies par le système italien de soins de santé. Toutefois, les enfants migrants en situation irrégulière ne peuvent s'inscrire auprès du Service de santé national et peuvent uniquement bénéficier des soins – urgents ou de longue durée – prestés dans les cliniques sans rendez-vous et les hôpitaux de jour, ainsi que des programmes médicaux préventifs²⁵⁶. L'accès aux services de soins de santé par les enfants en situation d'immigration irrégulière ne peut être utilisé par les fonctionnaires des services de santé pour dénoncer ces enfants aux autorités policières en charge de l'immigration²⁵⁷.

En vertu de la Loi de 1998 sur l'immigration, tous les enfants migrants présents sur le territoire italien sont soumis à l'obligation scolaire (*obbligo scolastico*) jusqu'à l'âge de 16 ans, et toutes les dispositions légales afférentes au droit à l'éducation, à l'accès aux services d'enseignement et au droit de participation à la vie de la communauté scolaire s'appliquent à ces enfants. Les enfants en situation d'immigration tant régulière qu'irrégulière ont le droit de s'inscrire dans les écoles de tous niveaux. Néanmoins, comme l'indique l'arrêt du Tribunal de Milan examiné ci-dessous, les dispositions de la Loi sur l'immigration, laquelle reconnaît le droit à l'éducation des enfants migrants en situation irrégulière, ne sont pas toujours appliquées. Ainsi, certaines écoles et institutions de formation professionnelle n'acceptent pas les enfants qui ne disposent pas d'un permis de séjour²⁵⁸.

²⁵⁶ Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies*. Analyse du cas de l'Italie pour une étude comparative au niveau de l'UE, 2009, p. 27.

²⁵⁷ Pendant les débats menés en vue de la réforme de 2009 de la Loi sur l'immigration, la majorité parlementaire a soumis une proposition visant à supprimer la disposition qui interdit aux fonctionnaires des services médicaux de dénoncer les enfants migrants en situation irrégulière aux autorités policières en charge de l'immigration mais, face à la vive opposition qu'elle a suscitée, cette proposition a été retirée. Voir le rapport de l'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, http://www.centrocome.it/come_files/userfiles/File/ASGI__2899_art_6_TU-%20minori%20stranieri%20e%20istruzione.pdf [22.09.2011].

²⁵⁸ Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies*. Analyse du cas de l'Italie pour une étude comparative au niveau de l'UE, 2009, p. 27.

Les enfants migrants non accompagnés, en plus d'avoir le droit à l'éducation et aux soins de santé, bénéficient d'une protection et d'une assistance spécifiques. Ils ne peuvent être placés dans des centres de détention ou d'accueil (*Centri di Accoglienza*), mais doivent l'être dans des communautés d'accueil pour enfants (*comunità di accoglienza per minori*)²⁵⁹. Toutefois, étant donné que les dispositions – et les dépenses y afférentes – relatives aux enfants migrants non accompagnés relèvent de la compétence des municipalités, il existe en Italie des différences considérables dans l'application pratique de la législation sur le bien-être des enfants²⁶⁰.

Arrêt n° 2380/08 du Tribunal de première instance (Tribunale di Milano, sezione I civile) du 11.02.2008

Le Tribunal a accueilli l'appel déposé par une citoyenne marocaine contre la municipalité de Milan, qui l'avait empêchée d'inscrire son enfant dans une crèche. Pour empêcher cette inscription, la municipalité avait émis une circulaire qui imposait comme condition d'inscription la présentation d'un permis de séjour dans un délai impossible à respecter par l'intéressée. La requérante vivait en Italie sans permis de séjour en règle depuis un certain temps et attendait une décision concernant sa demande de permis de séjour.

Le Tribunal a souligné le fait que le droit à l'éducation reconnu à tout enfant était un droit fondamental. De plus, il a noté que les crèches faisaient partie intégrante du système d'enseignement national et que l'accès à ces établissements était donc garanti par la loi à tout enfant présent sur le territoire italien, y compris ceux qui ne possèdent pas de permis de séjour en règle.

Selon le Tribunal, l'aspect le plus critiquable de la circulaire en question était qu'elle rendait l'accès à une crèche tributaire de la possession par les parents de l'enfant d'un permis de séjour à une date précise. Il a souligné le fait que la situation d'un enfant au regard de la loi italienne en matière d'immigration était indépendante de celle de ses parents, même si ceux-ci sont également présents sur le territoire. L'interdiction légale d'expulser un enfant migrant signifie que celui-ci a le droit d'obtenir un permis de séjour valable jusqu'à sa majorité. Indépendamment du statut des parents de l'enfant au regard de l'immigration, il est illégal d'attribuer à l'enfant un statut irrégulier en rapport avec sa présence sur le territoire. Le Tribunal a estimé que cette circulaire n'était pas conforme au statut légal que le système juridique italien accordait aux enfants car elle imposait des conditions illégales et subordonnait l'exercice des droits de l'enfant à la légalité du séjour des parents en Italie.

D'après le Tribunal, il était évident que le lien établi dans la circulaire entre la légalité du séjour des parents et la possibilité d'inscrire l'enfant aurait pour effet de priver celle-ci de la substance de son droit de bénéficier d'un service public auquel elle avait indubitablement droit, au même titre que les autres citoyens. Les conditions formelles imposées par la circulaire n'avaient aucune justification pratique et portaient objectivement atteinte à l'obligation de faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale (article 3 de la CDE).

Par conséquent, le Tribunal a conclu que les dispositions de la circulaire constituaient un acte discriminatoire en ce sens qu'elles empêchaient illégalement tous les enfants migrants dont les parents n'avaient pas de permis de séjour de s'inscrire dans une crèche de la municipalité de Milan. Le Tribunal a ordonné la suppression immédiate des conditions de la circulaire jugées discriminatoires, considérant que cette mesure suffirait à empêcher la circulaire de produire un effet négatif et irréversible sur les intérêts des enfants.

²⁵⁹ Grupo di Lavoro per la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia. 2.º Rapporto Supplementare alle Nazioni Unite sul monitoraggio della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza in Italia, September 2009, p. 143. Dans son rapport de 2003 sur l'Italie, le Comité des droits de l'enfant s'était dit préoccupé par le manque de structures propres à accueillir les enfants non accompagnés et avait recommandé à l'Italie de renforcer ses efforts pour mettre en place des centres d'accueil spéciaux pour ces enfants en accordant une attention particulière aux victimes de la traite et/ou de l'exploitation sexuelle, et de veiller à abréger le plus possible les séjours dans ces centres et à garantir le droit à l'éducation et aux soins de santé pendant et après les séjours en centre d'accueil. Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant l'Italie, CDE/C/15/Add.198, 18 mars 2003, paragraphes 45 et 46.

²⁶⁰ Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies*. Analyse du cas de l'Italie pour une étude comparative au niveau de l'UE, 2009, pp. 11 et 16.

Arrêt n° 27/2010 du Tribunal du travail (Tribunale di Montepulciano, Giudice del Lavoro) du 17.02.2011

Le Tribunal a accueilli l'appel déposé par les parents d'une enfant migrante souffrant d'une forme aiguë d'autisme à qui le droit de demander une indemnité de fréquentation (*indennità di frequenza*)²⁶¹ avait été refusé par l'Institut de sécurité sociale (*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*) et la municipalité de Sienne au motif que les parents ne possédaient ni carte de résidence (*carta di soggiorno*) ni permis de séjour de l'UE pour résident de longue durée, l'obtention de l'une ou de l'autre nécessitant un séjour d'au moins cinq ans en Italie. L'enfant était légalement reprise sur les permis de séjour des deux parents, qui étaient encore valables pendant un an.

Le Tribunal a noté que la Loi de 1998 sur l'immigration avait, dans un premier temps, mis sur un même pied les migrants titulaires d'un permis de séjour de plus d'un an (et les enfants repris sur ces permis de séjour) et les citoyens italiens concernant l'accès aux prestations médicales. Néanmoins, les amendements apportés à cette loi en l'an 2000 avaient introduit une importante restriction en rendant l'accès à ces prestations tributaires de la possession par les citoyens hors UE d'une carte de résidence au lieu d'un permis de séjour, une initiative qui avait donné lieu à plusieurs interventions de la Cour constitutionnelle.

Le Tribunal a rappelé que, en 2008, la Cour constitutionnelle avait déclaré que les dispositions de la Loi sur l'immigration enfreignaient la Constitution dans la mesure où elles empêchaient d'accorder une indemnité d'accompagnement (*indennità di accompagnamento*) ou une pension d'invalidité (*pensione di inabilità*) aux citoyens hors UE qui ne possédaient pas de carte de résidence ni de permis de séjour de l'UE pour résident de longue durée. En effet, la Cour constitutionnelle avait jugé que ces dispositions étaient excessives et incompatibles avec les directives de l'UE et avec l'article 3 (principe d'égalité) de la Constitution italienne. La Cour constitutionnelle avait également noté que seuls les cas de séjours légaux mais épisodiques ou de courte durée pouvaient justifier un refus d'octroi de prestations médicales en rapport avec la reconnaissance d'une invalidité civile (*invalidità civile*).

Par la suite, la Cour constitutionnelle avait appliqué le même raisonnement au cas de l'indemnité de fréquentation et avait en outre évoqué la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par l'Italie en mars 2009. La Cour constitutionnelle avait noté que les principes et normes de la Convention relative aux droits des personnes handicapées étaient pertinents pour prendre en considération les règles spécifiques de l'indemnité de fréquentation car ils traitaient des droits des enfants souffrant de difficultés chroniques pour accomplir des tâches et fonctions appropriées à leur âge. La Cour constitutionnelle avait déclaré que les enfants dans ce cas figuraient parmi les bénéficiaires de la Convention relative aux droits des personnes handicapées et de la protection spécifique (*normative di favore*) que cette inclusion impliquait.

Par ailleurs, le Tribunal du travail a rappelé que la Cour d'appel de Turin avait admis que l'accès des enfants handicapés à une indemnité de fréquentation ne pouvait dépendre de la possession d'une carte de résidence, car une telle exigence empêchait la jouissance d'une prestation sociale et d'un droit fondamental, et avait invoqué le principe inscrit dans la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant devait être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants handicapés.

Sur la base de cette jurisprudence, le Tribunal du travail a estimé que la demande des requérants, faite au nom de leur enfant, concernant la reconnaissance du droit à une indemnité de fréquentation devrait être accordée et que l'Institut de sécurité sociale devrait verser l'indemnité en question avec un effet rétroactif jusqu'au mois suivant la date de dépôt de la demande auprès des autorités administratives.

²⁶¹ L'indemnité de fréquentation est une prestation sociale octroyée afin de faciliter l'intégration d'un enfant handicapé dans le système scolaire. Grâce à cette indemnité, les familles des enfants handicapés peuvent plus facilement encourager leurs enfants à fréquenter des centres de réhabilitation professionnelle (*centri riabilitativi professionali*) ou des écoles.

4. Espagne

En Espagne, les enfants migrants ont droit à l'éducation et aux soins de santé ainsi qu'aux services sociaux de base, quelle que soit leur situation au regard de l'immigration. Le Tribunal constitutionnel a fait remarquer que tous les enfants pouvaient jouir d'un ensemble de droits inaliénables qui ne peuvent leur être refusés sur la base de leur nationalité ni de tout autre motif. Par conséquent, quelles que soient les circonstances dans lesquelles un enfant migrant séjourne en Espagne, celui-ci a le droit de recevoir des soins de santé dans ce pays. De plus, l'enfant n'a pas besoin de remplir des conditions formelles, comme l'inscription auprès des autorités municipales (*empadronamiento*), pour exercer ce droit²⁶². Les enfants migrants ont également droit à une couverture universelle de soins de santé, ce qui signifie qu'ils peuvent recevoir tous les soins médicaux nécessaires dès qu'ils en ont besoin²⁶³.

De même, tout enfant migrant a droit à l'éducation. Toutefois, des litiges sont survenus quant à savoir si ce droit de tout enfant, quel que soit son statut d'immigration, concerne uniquement l'enseignement obligatoire de base (*enseñanza básica*) ou également l'enseignement non obligatoire pour les jeunes de 16 à 18 ans. Comme nous le verrons ci-dessous, le Tribunal constitutionnel a jugé inconstitutionnel d'exclure des enfants en situation d'immigration irrégulière de l'accès à l'enseignement non obligatoire.

Par ailleurs, les autorités espagnoles aident les enfants migrants non accompagnés ou séparés en difficulté en leur offrant un réseau de centres de séjour qui les hébergent et répondent à leurs besoins de base²⁶⁴. Ces centres d'accueil sont gérés par le Service d'aide sociale à l'enfance de chaque Communauté autonome et de chaque ville, souvent en coopération avec des ONG. Cette situation génère des différences considérables dans les pratiques et conditions d'hébergement entre les diverses régions. De plus, en raison de l'augmentation du nombre d'enfants non accompagnés ou séparés qui arrivent en Espagne chaque année, les centres d'accueil primaire de certaines Communautés autonomes et villes atteignent le point de saturation²⁶⁵, ce qui a pour effet de diminuer la qualité de l'hébergement fourni à ces enfants. Comme nous l'avons déjà vu, une pratique devenue courante ces dernières années consiste pour les services d'aide sociale à l'enfance à soumettre à des examens médicaux les jeunes qui disent avoir 16 ou 17 ans dont ils s'occupent. Après ces examens, les jeunes déclarés majeurs sont libérés des centres d'accueil et des services d'aide publique. Les tribunaux espagnols maintiennent catégoriquement que le bénéfice du doute doit être accordé à toute personne pouvant être mineure, cela afin de la protéger contre la cessation de l'aide sociale publique et l'abandon sans ressources dans la rue.

Arrêt n° 236/2007 du Tribunal constitutionnel (Tribunal Constitucional) du 07.11.2007

Le Tribunal constitutionnel a déclaré que l'inclusion dans la Loi sur les droits et libertés des étrangers et leur intégration sociale (*Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*) de la condition que l'enfant soit «résident» pour avoir accès à l'enseignement non obligatoire était inconstitutionnelle et sans effet. Il avait été demandé au Tribunal constitutionnel de vérifier la constitutionnalité de plusieurs dispositions de la Loi sur les droits et libertés des étrangers et leur intégration sociale. Cette demande émanait du Parlement de Navarre, qui estimait que l'exclusion des enfants en situation d'immigration irrégulière de l'enseignement en question était contraire à la Constitution espagnole, à l'article 28 de la CDE et à la DUDH.

Le Tribunal constitutionnel a estimé que, même si un législateur est autorisé par la Constitution à réglementer les droits des migrants en Espagne et à imposer des conditions à l'exercice de ces droits par ces personnes, les restrictions imposées par la loi ne peuvent avoir pour effet de limiter des droits

²⁶² Djamil Tony Kahale Carrillo, *La Prestación de Asistencia Sanitaria a los Extranjeros en España*, dans DS, vol. 15, n° 1, janvier-juin 2007, p. 108.

²⁶³ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 38.

²⁶⁴ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 37.

²⁶⁵ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 10; Defensor del Pueblo de España, *¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, 2011, pp. 106 et 107.

qui sont indispensables à la sauvegarde de la dignité humaine. De plus, toute restriction imposée aux droits des migrants en Espagne ne peut avoir une légitimité constitutionnelle que si elle respecte la substance (*contenido esencial*) du droit concerné, si elle est instituée dans le but de sauvegarder d'autres droits, biens ou intérêts protégés par la Constitution, et si elle est proportionnelle à sa finalité

Le Tribunal constitutionnel a analysé la substance du droit à l'éducation tel qu'inscrit dans la Constitution espagnole (article 27), dans la DUDH (article 26), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 13) et dans le Protocole additionnel de la CEDH (article 2). Selon sa conclusion, il est indubitable que le droit à l'éducation est essentiel pour la sauvegarde de la dignité humaine, étant donné le rôle crucial joué par l'éducation dans le développement libre et entier de la personnalité.

Le Tribunal constitutionnel a estimé que les dispositions constitutionnelles relatives au droit à l'éducation, interprétées en conformité avec la DUDH et d'autres traités internationaux en la matière, comprennent le droit de bénéficier de tous les niveaux d'enseignement, même si, en vertu de la Constitution, l'enseignement de base est obligatoire et gratuit. Par ailleurs, le droit à l'éducation est garanti à toutes les personnes, qu'elles soient citoyennes du pays ou étrangères et indépendamment de leur statut juridique en Espagne. Par conséquent, les enfants migrants ont également le droit de fréquenter l'enseignement non obligatoire, et leur exercice de ce droit ne peut être tributaire que du mérite ou des capacités, non du statut administratif ni d'aucune autre circonstance apparentée.

5. Pays-Bas

Aux Pays-Bas, les enfants migrants arrivant à la frontière sont traités de la même façon que les adultes et peuvent se voir opposer un refus d'entrée sur le territoire, qu'ils voyagent seuls ou non. Néanmoins, dès que l'accès au territoire est refusé à un enfant non accompagné, la Gendarmerie royale (*Kmar*) informe la Fondation Nidos, qui a pour mission d'affecter des tuteurs aux enfants migrants non accompagnés²⁶⁶. Si l'enfant ne demande pas l'asile, la *Kmar* réalise une évaluation afin de déterminer s'il peut être éloigné du territoire néerlandais. En attendant la conclusion de cette évaluation, l'enfant est placé en famille d'accueil s'il a moins de 15 ans. Si l'enfant a 15 ans ou plus et qu'il est suffisamment indépendant, il est placé sous surveillance dans une zone d'attente à l'aéroport²⁶⁷.

Si l'enfant veut demander asile, l'accès au territoire néerlandais lui est refusé dans un premier temps, ce qui n'empêche pas l'introduction d'une demande d'asile par la suite. L'enfant est envoyé au Centre de demandes de l'aéroport de Schiphol et un tuteur de la Fondation Nidos lui est attribué²⁶⁸. La demande d'asile est en principe finalisée par le Service d'immigration et de naturalisation²⁶⁹ au cours

²⁶⁶ Point de contact national des Pays-Bas pour le Réseau européen des migrations, *Unaccompanied minors in the Netherlands. Policy on reception, return and integration arrangements for, and numbers of, unaccompanied minors*, février 2010, p. 40.

²⁶⁷ Point de contact national des Pays-Bas pour le Réseau européen des migrations, *Unaccompanied minors in the Netherlands. Policy on reception, return and integration arrangements for, and numbers of, unaccompanied minors*, février 2010, pp. 19 et 20.

²⁶⁸ Le premier contact entre le représentant de Nidos et l'enfant non accompagné a lieu dans les cinq jours suivant l'arrivée de l'enfant. Nidos soumet une demande au Tribunal de la jeunesse afin qu'une représentation provisoire soit ordonnée. Étant donné que les enfants de moins de 12 ans ne sont pas autorisés à soumettre en personne une demande d'asile, Nidos présente sa demande de représentation aussi vite que possible afin de pouvoir ensuite soumettre la demande d'asile au nom de ces enfants. La demande de représentation est introduite par écrit, avec une copie adressée au Conseil pour la protection des enfants, lequel est tenu d'émettre un certificat d'absence d'objection. Le délai pouvant s'écouler entre la demande de représentation et la décision du Tribunal de la jeunesse est de deux mois au maximum. Pendant cette période, la Fondation Nidos agit au nom de l'enfant comme si elle était la représentante de l'enfant. Lorsque le Tribunal de la jeunesse autorise la demande, il transmet sa décision à l'enfant, à son représentant et au ministère de la Justice. Dès ce moment, Nidos devient le représentant légal de l'enfant. Point de contact national des Pays-Bas pour le Réseau européen des migrations, *Unaccompanied minors in the Netherlands. Policy on reception, return and integration arrangements for, and numbers of, unaccompanied minors*, février 2010, p. 34.

²⁶⁹ Les demandes d'asile soumises par des enfants non accompagnés ou séparés sont traitées par un département de l'IND (Service d'immigration et de naturalisation) chargé spécialement des enfants non accompagnés demandeurs d'asile. Ce département entend les enfants lors d'entretiens et décide d'accorder ou non l'asile, en prêtant une attention particulière aux

de que l'on appelle la procédure des 48 heures, qui dure environ cinq jours ouvrables. Si la demande d'un enfant non accompagné est finalisée en dehors de cette procédure, car d'autres informations sont nécessaires, l'interdiction d'entrer est levée²⁷⁰. Le rejet d'une demande d'asile ne peut entraîner le renvoi immédiat de l'enfant vers son pays d'origine. En effet, les demandeurs d'asile ne peuvent être renvoyés en cas de suspension temporaire des départs, une mesure qui peut être adoptée si la situation régnant dans un pays d'origine spécifique est telle que l'on n'est pas certain de pouvoir y renvoyer des personnes. Pendant cette période temporaire, qui ne peut excéder un an, le demandeur d'asile conserve le droit à l'accueil et à toutes les conditions qui s'y appliquent²⁷¹.

Les demandeurs d'asile qui sont des enfants non accompagnés de moins de 13 ans sont placés dans des familles d'accueil désignées par la Fondation Nidos. Pour les enfants de plus de 13 ans, la prise en charge quotidienne est assurée par l'Agence centrale d'accueil des demandeurs d'asile. Les enfants ayant entre 13 et 17 ans et demi peuvent être placés dans des «Groupes résidentiels d'enfants», une forme de structure résidentielle à supervision constante qui accueille un maximum de 12 enfants. Les enfants ayant entre 15 et 17 ans et demi peuvent être placés dans des «Micro-unités résidentielles», une forme de structure résidentielle avec une supervision de 28 heures par semaine qui accueille un groupe de 4 enfants au maximum. Les enfants ayant entre 15 et 18 ans peuvent être placés dans des «campus», une forme de structure résidentielle à supervision constante dans un centre d'accueil pour demandeurs d'asile, cela dans le cadre d'un groupe de 100 enfants au maximum²⁷².

En dépit des efforts consentis pour offrir un logement correct aux enfants qui attendent une décision sur leur permis de séjour, leur demande d'asile ou un renvoi vers le pays d'origine, des motifs de préoccupation persistent, comme l'a fait remarquer le Comité des droits de l'enfant dans ses observations finales émises en 2009 concernant les Pays-Bas. En particulier, le Comité s'inquiète de la pratique consistant à placer en détention des enfants non accompagnés et des familles, et du fait que des enfants continuent de disparaître des centres d'accueil malgré le projet de centre pilote destiné à empêcher la disparition des enfants sans papiers²⁷³.

Arrêt n° 03/284 du Tribunal de La Haye (Voorzieningenrechter Rechtbank's-Gravenhague) du 23.04.2003

Le Tribunal a été sollicité pour vérifier la légalité des règles appliquées sur deux campus publics édifiés spécialement pour héberger les enfants non accompagnés demandeurs d'asile de plus de 15 ans. Ces campus hébergeaient à la fois des enfants non accompagnés demandeurs d'asile en attente d'une décision sur leur demande d'asile et d'autres dont la demande avait déjà été refusée et qui restaient sur place en attendant d'être renvoyés vers leur pays d'origine. Certains enfants séjournant dans l'un de ces campus protestaient contre le règlement. De fait, une action au nom d'un de ces enfants a été intentée devant le Tribunal contre le gouvernement néerlandais par plusieurs ONG qui offraient une représentation légale à ces enfants ou s'inquiétaient du respect des droits de l'homme les concernant. Les requérants prétendaient que le gouvernement était tenu, en vertu du droit national et international et de la CDE en particulier, de veiller à améliorer les installations de ces campus. Une grande partie des problèmes soulevés par ces enfants ont été résolus depuis lors et, en tout état de cause, le Tribunal n'était pas prêt à statuer à ce sujet car les campus étaient des projets pilotes à évaluer au bout d'un an.

demandes soumises par des enfants de moins de 12 ans. Par ailleurs, ce département traite les autres demandes relatives à des enfants non accompagnés, par exemple les procédures de réexamen, le retrait des permis des enfants non accompagnés ou les procédures d'extension des permis de séjour pour enfants non accompagnés. Point de contact national des Pays-Bas pour le Réseau européen des migrations, *Unaccompanied minors in the Netherlands. Policy on reception, return and integration arrangements for, and numbers of, unaccompanied minors*, février 2010, p. 31.

²⁷⁰ Point de contact national des Pays-Bas pour le Réseau européen des migrations, *Unaccompanied minors in the Netherlands. Policy on reception, return and integration arrangements for, and numbers of, unaccompanied minors*, février 2010, p. 20.

²⁷¹ Point de contact national des Pays-Bas pour le Réseau européen des migrations, *Unaccompanied minors in the Netherlands. Policy on reception, return and integration arrangements for, and numbers of, unaccompanied minors*, février 2010, p. 29.

²⁷² Point de contact national des Pays-Bas pour le Réseau européen des migrations, *Unaccompanied minors in the Netherlands. Policy on reception, return and integration arrangements for, and numbers of, unaccompanied minors*, février 2010, pp. 34 et 35.

²⁷³ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant les Pays-Bas, CDE/C/NLD/CO/3, 27 mars 2009, paragraphe 67.

Le Tribunal était toutefois prêt à prendre une décision sur deux questions, qu'il jugeait trop urgentes pour attendre l'évaluation prévue. La première question était de savoir si les enfants devaient recevoir de l'argent de poche à dépenser à leur gré. La deuxième question était de savoir si les enfants devaient avoir accès à un conseil de supervision indépendant ou un comité de plainte indépendant pour toute plainte relative à leurs conditions de séjour sur les campus. Le Tribunal a examiné chacune de ces questions séparément, au regard de la CDE, de la CEDH et des normes légales nationales en vigueur. Il a également noté que même si la grande majorité des enfants logés aux campus arrivaient à la fin de la procédure d'asile et, n'ayant pas reçu l'autorisation de rester aux Pays-Bas, allaient finir par devoir quitter le pays une fois atteint l'âge de 18 ans, ils n'en demeuraient pas moins des enfants tant qu'ils séjournaient au campus en attendant la décision finale. Par conséquent, le règlement appliqué dans ces campus ne pouvait se baser sur l'hypothèse qu'aucun de ces enfants n'aurait jamais un avenir aux Pays-Bas.

De plus, le Tribunal a estimé que ces enfants devaient recevoir de l'argent de poche et avoir accès à un comité de plainte indépendant et à une procédure de plainte écrite. Il a également jugé que le lourd programme d'activités obligatoires à suivre par les enfants aux campus ne laissait pas assez de temps libre à ceux-ci et constituait donc une atteinte à l'article 31 de la CDE. Le Tribunal a toutefois déclaré ne pas posséder les compétences et l'expertise suffisantes pour ordonner une modification de ce programme.

6. Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, tous les enfants migrants non accompagnés ou séparés qui sont sans ressources sont considérés comme des «enfants dans le besoin» aux fins de la section 17 de la Loi de 1989 sur les enfants. Le département de l'aide à l'enfance de l'autorité locale du territoire sur lequel ces enfants arrivent est chargé de réaliser une évaluation initiale de leurs besoins immédiats dans les 7 jours, puis une évaluation approfondie de leurs besoins plus généraux dans les 28 jours. Ces enfants bénéficient des mêmes mesures que tous les autres enfants dans le besoin au Royaume-Uni et restent sous la responsabilité de l'autorité locale avec le statut d'enfants dans le besoin jusqu'à 18 ans ou leur départ du Royaume-Uni.

Les enfants non accompagnés ou séparés qui n'ont pas dans le pays un adulte ayant sur eux l'autorité parentale ont le droit d'être hébergés en vertu de la section 20 de la Loi de 1989 sur les enfants, les enfants de moins de 16 ans étant généralement placés en famille d'accueil. Les enfants plus âgés autres que ceux ayant des besoins spécifiques ou des antécédents particulièrement traumatisants sont habituellement logés avec d'autres enfants plus âgés, avec ou sans la présence d'un éducateur adulte. Si un enfant non accompagné est hébergé pendant plus de 13 semaines alors qu'il a plus de 14 ans et qu'il continue de l'être jusqu'à 16 ou 17 ans, il a droit au maintien du logement et de l'aide jusqu'à l'âge de 21 ans, voire 24 ans s'il poursuit des études avec l'accord de l'autorité locale.

La Loi de 1996 sur l'instruction offre à tous les enfants vivant au Royaume-Uni le droit de bénéficier gratuitement de l'enseignement primaire et secondaire, quel que soit leur statut au regard de l'immigration. Dans ce cadre, un Plan éducatif individuel est établi pour chaque enfant non accompagné ou séparé. En pratique, toutefois, de nombreux enfants non accompagnés ou séparés éprouvent des difficultés à obtenir une place à l'école s'ils arrivent en ayant entre 15 et 17 ans, cela parce que les années dans lesquelles ils sont censés être placés sont des années préparatoires pour l'obtention du certificat général de l'enseignement secondaire ou d'autres certifications. Les demandeurs d'asile de 16 à 18 ans ont eux aussi le droit de bénéficier gratuitement de l'enseignement des établissements d'éducation permanente et d'y apprendre l'anglais ou d'obtenir des qualifications supérieures. Néanmoins, à moins d'obtenir le statut de réfugié ou l'autorisation de rester au Royaume-Uni après l'âge de 18 ans, ces jeunes ne remplissent pas les conditions pour bénéficier de prêts ou de bourses en vue d'études universitaires.

Par ailleurs, en tant qu'enfants pris en charge par une autorité locale, tous les enfants non accompagnés ou séparés ont droit aux soins de santé gratuits offerts par le Service national de

santé. Ils ont notamment accès aux consultations de médecins généralistes et aux soins et traitements hospitaliers pour les affections tant physiques que mentales. La Medical Foundation for the Care of Victims of Torture (*Fondation médicale pour les soins aux victimes de torture*) et la Fondation Helen Bamber sont deux des organisations bénévoles qui offrent des soins psychiatriques et psychologiques spécialisés aux enfants qui ont été victimes de torture ou de la traite des êtres humains ou qui ont servi comme enfants soldats.

R. (à la demande de Behre) contre arrondissement londonien de Hillingdon [2003] EWHC 2075 (Admin)

En 2000, Behre et les trois autres requérants étaient arrivés à l'aéroport de Heathrow en tant qu'enfants non accompagnés demandeurs d'asile. Aucun d'entre eux n'avait de parents proches ou éloignés au Royaume-Uni et tous étaient sans ressources. Ils ont été envoyés à l'arrondissement londonien de Hillingdon, où ils ont reçu une assistance. Au moment du dépôt de la requête, l'une des enfants s'était vu octroyer le statut de réfugié, deux s'étaient vu accorder une autorisation exceptionnelle de demeurer quatre ans au Royaume-Uni et la quatrième attendait encore que soit prise la décision concernant sa demande d'asile. Lorsque ces enfants ont atteint l'âge de 18 ans, l'autorité locale leur a signifié qu'elle n'était plus tenue de subvenir à leurs besoins. Il n'a pas été contesté que ces enfants avaient toutes été hébergées par l'autorité locale pendant plus de 13 semaines alors qu'elles avaient plus de 14 ans, mais l'autorité locale a affirmé qu'elles n'avaient pas droit aux «services d'aide aux jeunes sortant de placement» prévus par les sections 23C et 24B de la Loi de 1989 sur les enfants puisqu'elle n'avait pas «pris en charge» ces enfants en les logeant en vertu de la section 20 de cette même loi (cette section oblige l'autorité locale²⁷⁴ à fournir le logement et une aide financière à tout enfant qui n'a pas d'endroit où loger et n'a pas au Royaume-Uni une personne ayant sur lui l'autorité parentale). Au lieu de cela, l'autorité locale a affirmé qu'elle n'avait fait que «porter assistance» à ces enfants de la façon prévue à la section 17 de la Loi de 1989 sur les enfants.

Concernant les faits de l'espèce, la Haute Cour a estimé que, même s'il a été porté assistance aux enfants au sens de la section 17, celles-ci ont été «prises en charge» puisque, au moment où il leur a été porté assistance, le contenu de la section 17 correspondait encore à un pouvoir de «prise en charge» au sens de la Loi sur les enfants et que l'amendement visant à exclure ce contenu de cette catégorie n'était pas encore entré en vigueur.

Toutefois, la Cour a également noté que, selon la circulaire LAC (2003) 13 *Guidance on Accommodating Children in Need and Their Families (Directives relatives au logement des enfants dans le besoin et de leur famille)*, «dans le cas où un enfant n'a ni parent ni tuteur au Royaume-Uni, éventuellement parce qu'il est arrivé seul pour demander asile, l'hypothèse à retenir est qu'il relève du champ d'application de la section 20 et doit donc être pris en charge, à moins que l'évaluation de ses besoins ne révèle des facteurs particuliers donnant à penser qu'une mesure alternative serait plus appropriée». L'autorité locale a également présenté l'argument selon lequel elle fournissait un «logement» aux enfants ayant besoin d'un «endroit pour vivre» et ne les hébergeait pas aux fins de la section 20. Le juge Sullivan a estimé que cet argument était un pur sophisme basé sur une distinction qui ne faisait en réalité aucune différence.

Par conséquent, la Cour a jugé que les quatre personnes en question avaient droit aux dispositions d'aide aux jeunes sortant de placement.

R. (à la demande de (1) H. (2) Barhanu (3) B) contre (1) Conseil de l'arrondissement londonien de Wandsworth, (2) Conseil de l'arrondissement londonien de Hackney, (3) Conseil de l'arrondissement londonien d'Islington et Secretary of State for Education and Skills [2007] EWHC 1082 (Admin)

Les trois requérants sont arrivés au Royaume-Uni en tant qu'enfants non accompagnés demandeurs d'asile. H., un enfant ressortissant de la République islamique de l'Iran, était arrivé le 10 août 2005,

²⁷⁴ Au Royaume-Uni, une autorité locale peut être un arrondissement d'une ville ou d'un comté ou alors le Conseil local d'un comté, d'une ville ou d'un arrondissement métropolitain.

la veille de son dix-septième anniversaire. Après avoir demandé asile, il avait reçu l'autorisation discrétionnaire de rester dans le pays pendant un an. Au moment de l'audition, une décision devait être prise concernant sa demande d'asile.

Il avait été renvoyé à l'arrondissement londonien de Wandsworth pour y recevoir une assistance. Cette entité avait affirmé que lors d'une réunion avec un travailleur social tenue le 6 septembre 2005, l'enfant aurait dit son souhait de rester logé à Enfield et de recevoir une aide financière sans avoir besoin d'un quelconque autre type d'assistance. Il était assisté d'un interprète de son pays lors de cette réunion, au cours de laquelle aucune explication ne lui avait été donnée sur les différents types de logement à sa disposition.

D'après l'argumentation de l'autorité locale, l'enfant avait choisi d'être assisté en vertu des dispositions de la section 17 de la Loi de 1989 sur les enfants, et non pas d'être logé en vertu des dispositions de la section 20. Toutefois, le juge Holman a estimé que si, en l'espèce, une obligation découlait de la section 20 (du fait que l'enfant avait besoin d'un logement et que personne au Royaume-Uni n'avait l'autorité parentale sur lui), alors l'autorité locale devait être considérée comme fournissant ce logement en vertu des dispositions de la section 20 et non de la section 17. Par conséquent, lorsqu'il a atteint l'âge de 18 ans, il est devenu un «ancien enfant éligible» et a acquis le droit de bénéficier de l'aide aux jeunes sortant de placement.

R. (à la demande de S.O.) contre arrondissement londonien de Barking and Dagenham, le Secretary of State for the Home Department et la Children's Society [2010] EWCA Civ 1101

S.O. est un ressortissant érythréen. Arrivé au Royaume-Uni le 25 septembre 2007, il a demandé asile le lendemain. Après avoir indiqué comme date de naissance le 6 juillet 1990, il a été envoyé à l'arrondissement londonien de Barking and Dagenham, qui l'a soumis à une évaluation de l'âge et a déterminé qu'il avait 17 ans. De son côté, le ministre de l'Intérieur (*Secretary of State for the Home Department*) était convaincu qu'il était de nationalité érythréenne, qu'il était né le 21 février 1987 et avait, dans un premier temps, sollicité une autorisation d'entrer sur le territoire en tant que visiteur d'Arabie Saoudite. La demande d'asile du jeune a été refusée le 28 novembre 2007. Son appel initial contre cette décision a été accueilli le 10 mars 2008, mais le ministre de l'Intérieur a alors sollicité et obtenu un ordre de réexamen du cas. Pour ce réexamen en substance, le jeune a été entendu par Charlton Brown, doyen des juges à l'immigration, qui en conclusion l'a déclaré «témoin sans crédibilité» et a rejeté son appel le 18 octobre 2008. Le 5 novembre 2008, l'autorisation lui a été refusée d'aller à la Cour d'appel et, le 17 juin 2010, le ministre de l'Intérieur a en outre décidé que ses démarches suivantes ne pouvaient donner lieu à une nouvelle demande d'asile. Entre-temps, l'autorité locale l'avait considéré comme un enfant pour le loger en vertu de la section 20 de la Loi de 1989 sur les enfants, puis avait continué à le loger en tant qu'«ancien enfant éligible» en vertu des sections 23C et 24B de cette même loi, même lorsque son appel avait été rejeté. Toutefois, le 9 octobre 2009, l'autorité locale a décidé de mettre fin à cette aide en se basant sur le fait que le jeune avait également le droit de bénéficier de l'aide du ministre de l'Intérieur en vertu de la section 4 de la Loi de 1999 sur l'immigration et l'asile qui prévoit cette aide pour les personnes dont la demande d'asile a été rejetée. Au moment où la décision a été prise pour cette affaire, S.O. fréquentait un établissement d'enseignement et était donc potentiellement éligible, jusqu'à l'âge de 21 ans, à une aide de l'autorité locale en vertu de la section 23(4)(b) de la Loi sur les enfants.

Aux fins de cet appel à déposer devant la Cour d'appel, il avait été admis que S.O. était né le 6 juillet 1990 et, puisqu'il n'avait pas encore 21 ans, qu'il avait encore droit à une aide en vertu de la section 23(4)(b), et ce que sa fréquentation de l'établissement scolaire ait été mentionnée ou non dans son Plan de développement.

Néanmoins, la Cour d'appel a envisagé la situation du jeune s'il n'avait pas fréquenté un établissement d'enseignement et s'est demandé s'il aurait alors encore eu droit à une aide en vertu de la section 23(4) (c) simplement en raison de tout besoin de protection qui aurait pu apparaître. La Cour d'appel a étudié la jurisprudence antérieure concernant l'emploi du mot «assistance» à la section 17 de la Loi de 1989 sur les enfants, et a décidé que l'«assistance» englobait la fourniture d'un logement.

Elle a ensuite examiné la question de savoir si l'on pouvait dire d'un «ancien enfant éligible» qu'il «avait besoin» d'un logement dans le cas où il pouvait demander une aide au ministre de l'Intérieur en vertu de la section 4 en tant que personne dont la demande d'asile a été rejetée. La Cour d'appel a étudié le champ d'application des deux niveaux de compétence concernés et décidé que, puisque l'aide en vertu de la section 4 n'était accessible que pour les personnes sans ressources, c'était le niveau de compétence alternatif, non le niveau primaire, qui devait appliquer des mesures. Par conséquent, S.O. n'aurait pas droit à une aide en vertu de la section 4 tant qu'il garderait le droit à une aide en vertu de la section 23C de la Loi de 1989 sur les enfants. En conclusion, si S.O. devait compter sur une aide dans le cadre d'une procédure d'asile, il serait probablement éloigné de Londres et du Sud-Est et ne bénéficierait plus de l'assistance complémentaire offerte par l'autorité locale en raison de son statut d'ancien enfant éligible, ou ne pourrait plus poursuivre ses études.

C. BONNES PRATIQUES

À partir des affaires examinées et de celles abordées lors du colloque judiciaire, il est permis d'identifier les bonnes pratiques suivantes:

- Annuler les décisions administratives consistant à refuser aux enfants migrants l'accès aux soins de santé ou aux prestations sociales pour le seul motif qu'un parent ne pouvait présenter un permis de séjour valable, pour autant que les parents ne puissent pas détourner ces prestations à leur profit.
- Annuler une décision consistant à refuser à un enfant l'accès à la crèche au motif que sa mère n'avait pas de permis de séjour en règle.
- Considérer comme illégal le fait d'exclure un enfant en situation d'immigration irrégulière de l'enseignement non obligatoire.
- Reconnaître aux enfants le droit de bénéficier des prestations d'aide avec effet rétroactif remontant jusqu'au moment du dépôt de la demande d'asile ou de permis de séjour.
- Considérer qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant migrant d'être logé sans autres enfants dans un centre d'accueil pour adultes.
- Considérer qu'un enfant migrant logé dans un environnement résidentiel conçu pour des enfants non accompagnés demandeurs d'asile devrait disposer de temps libre en suffisance, conformément à l'article 31 de la CDE.
- Considérer que les enfants migrants non accompagnés qui ont atteint l'âge de 18 ans ont droit aux mêmes services d'aide aux jeunes sortant de placement que tout autre enfant présent dans le même pays d'accueil.
- Considérer que les zones d'attente situées aux frontières n'ont pas de statut extraterritorial, qu'elles relèvent de la juridiction d'un tribunal approprié et que tout enfant placé dans une telle zone a droit à l'assistance prévue par la législation applicable en matière de bien-être de l'enfant.

- Considérer comme illégal le placement de très jeunes enfants dans des installations d'accueil, même s'ils sont accompagnés de leurs parents, et assimiler un tel placement à un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la CEDH.

Chapitre 5: Garanties procédurales, notamment le droit des enfants à participer aux procédures judiciaires

La vulnérabilité particulière des enfants migrants, et tout particulièrement des enfants non accompagnés ou séparés, commande qu'on établisse à leur intention des garanties procédurales adéquates dans toutes les procédures administratives et judiciaires auxquelles ils participent.

Une garantie procédurale capitale est la désignation rapide d'un tuteur chargé d'assister l'enfant et de le représenter devant toute autorité administrative ou judiciaire²⁷⁵. Le tuteur devrait être désigné dès que l'enfant non accompagné ou séparé est identifié en tant que tel, et la disposition de tutorat devrait être maintenue jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de la majorité ou quitte la juridiction du pays d'accueil à titre permanent. Le tuteur devrait être consulté et informé au sujet de toutes les décisions prises en rapport avec l'enfant. Il devrait être habilité à participer en personne à tous les stades des procédures de planification et de prise de décisions, notamment aux audiences devant les autorités de l'immigration et les organes d'appel, aux réunions relatives à la prise en charge et à tous les efforts en vue de la recherche d'une solution durable pour l'enfant. Le tuteur devrait posséder les compétences nécessaires dans le domaine des enfants et assurer la liaison entre l'enfant et les organisations ou personnes spécialisées fournissant toute la gamme de soins dont l'enfant a besoin²⁷⁶.

Le Comité des droits de l'enfant a souligné que les organismes ou particuliers dont les intérêts sont susceptibles d'entrer en conflit avec ceux de l'enfant ne devraient pas être habilités à exercer une tutelle²⁷⁷. La tutelle d'un enfant séparé devrait être attribuée à un membre de sa famille l'accompagnant, à moins que des éléments ne donnent à penser que tel ne serait pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Si un enfant est accompagné par un adulte ou un aidant n'appartenant pas à sa famille, l'aptitude de ce dernier à exercer la tutelle doit être examinée de très près afin de s'assurer que l'enfant n'a pas fait l'objet de la traite des êtres humains ou d'une exploitation. En tout état de cause, des mécanismes de réexamen doivent être institués pour veiller à la qualité de l'exercice de la tutelle en termes de prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'ensemble du processus décisionnel et pour éviter les abus²⁷⁸.

Tout enfant partie à une procédure de demande d'asile ou à une procédure administrative ou judiciaire devrait bénéficier, outre les services d'un tuteur, de ceux d'un représentant légal²⁷⁹. Le Comité des droits de l'enfant²⁸⁰ a reconnu que tous les enfants migrants non accompagnés ou séparés avaient un statut spécial et une dépendance qui rendent difficile l'utilisation des recours disponibles en cas de violation de leurs droits. Il a donc précisé que les États devaient veiller à ce que les enfants disposent de l'accès nécessaire aux tribunaux, ce qui revient à leur offrir une assistance

²⁷⁵ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 21. Ce tuteur ou conseiller devrait être désigné sans frais pour l'enfant. Observation générale n° 12, paragraphe 24.

²⁷⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 33.

²⁷⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 33.

²⁷⁸ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphes 34 et 35.

²⁷⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphes 21 et 36. Les garanties de procédure établies pour les enfants non accompagnés ou séparés qui demandent asile doivent prévoir que la demande d'admission au statut de réfugié par un enfant non accompagné ou séparé soit traitée à titre prioritaire; que la demande soit examinée par une autorité compétente pleinement qualifiée dans les affaires d'asile et de réfugiés; que, quand l'âge et le degré de maturité de l'enfant l'autorisent, l'enfant bénéficie de la possibilité d'un entretien personnel avec un fonctionnaire qualifié avant la prise de la décision finale; que, si l'enfant est incapable de communiquer directement avec le fonctionnaire qualifié faute de langue commune, il soit fait appel à un interprète qualifié; et que l'enfant ait le droit au bénéfice du doute en cas de contestation de la véracité de son histoire. De plus, tous les entretiens devraient se dérouler en présence du tuteur et du représentant légal. Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphes 69 à 72. Voir aussi l'Observation générale n° 12, paragraphes 123 et 124.

²⁸⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 5, *Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant* (art. 4, 42 et 44, par. 6), CDE/GC/2003/5, 27.11.2003, paragraphe 24.

juridique ou autre. Cette disposition implique que si l'enfant migrant est dépourvu de ressources, une assistance juridique devrait lui être fournie gratuitement.

Par ailleurs, l'enfant devrait être en tout temps tenu informé des dispositions prises quant à sa tutelle et à sa représentation légale et ses opinions devraient être prises en considération²⁸¹.

Conformément à l'article 12 de la CDE, lors de la détermination des mesures à adopter à l'égard de l'enfant, il faut s'enquérir et tenir compte des opinions et souhaits de l'intéressé²⁸². En particulier, l'enfant doit avoir la possibilité de se faire entendre dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant. Si l'enfant doit être entendu par l'intermédiaire d'un représentant, celui-ci doit impérativement être conscient qu'il représente exclusivement les intérêts de l'enfant et non les intérêts d'autres personnes, institutions ou organismes²⁸³.

Dans son Observation générale n° 12, *Le droit de l'enfant d'être entendu*, le Comité des droits de l'enfant a souligné que les autorités de l'État ne peuvent pas partir du principe qu'un enfant est incapable d'exprimer sa propre opinion et que, au contraire, elles doivent présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer. Il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités²⁸⁴. De plus, écouter simplement l'enfant ne suffit pas. Les opinions de l'enfant doivent être sérieusement examinées lorsque l'enfant est capable de discernement²⁸⁵. Pour cette raison, les décideurs doivent informer l'enfant de l'issue des procédures le concernant et lui expliquer comment son opinion a été prise en considération²⁸⁶.

L'enfant a le droit d'exprimer ses opinions sans pression et peut choisir ou non d'exercer son droit d'être entendu. En d'autres termes, l'enfant ne doit pas être manipulé ou soumis à une influence ou des pressions indues. Comme un enfant ne peut se faire entendre efficacement si le contexte est intimidant, hostile, peu réceptif ou inadapté à son âge, la procédure doit être à la fois accessible et adaptée à l'enfant. De même, étant donné que l'audition d'un enfant est un processus difficile qui peut avoir des conséquences traumatisantes pour l'enfant, le nombre d'entrevues de l'enfant devrait être limité au nécessaire et ces entrevues devraient être conduites par des professionnels formés à cet effet²⁸⁷.

L'enfant doit être informé des questions en jeu, des décisions qui pourraient être prises et de leurs conséquences. Ces informations doivent lui être données par les personnes chargées de l'entendre et par ses parents ou son tuteur²⁸⁸. Par ailleurs, l'enfant a le droit de recevoir toute information relative à ses droits, y compris le droit de demander asile et le droit d'interjeter appel contre une décision administrative ou judiciaire qui lui est défavorable. Ces informations doivent être données individuellement à l'enfant dès son arrivée ou son identification²⁸⁹ dans une langue qu'il peut comprendre et d'une manière adaptée à son degré de maturité et à sa capacité de compréhension. Au besoin, un interprète doit être mis à la disposition de l'enfant²⁹⁰.

Les enfants doivent avoir accès à des procédures d'appels et de plainte qui peuvent constituer des recours appropriés si leurs droits sont bafoués. Ils devraient aussi avoir la possibilité de demander l'aide d'un médiateur ou d'une personne occupant des fonctions comparables dans tous les établissements pour enfants, entre autres dans les écoles, les établissements de séjour ou les foyers d'accueil, afin de faire entendre leurs plaintes²⁹¹.

²⁸¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 37.

²⁸² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 25.

²⁸³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, paragraphe 37.

²⁸⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, paragraphe 20.

²⁸⁵ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, paragraphe 28.

²⁸⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, paragraphe 45.

²⁸⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, paragraphes 22, 24 et 34. Voir aussi les *Lignes directrices en matière de justice dans les affaires impliquant les enfants victimes et témoins d'actes criminels*, annexe au *Rapport de la réunion du Groupe intergouvernemental d'experts chargé d'élaborer les lignes directrices en matière de justice pour les enfants victimes et témoins d'actes criminels*, tenue à Vienne les 15 et 16 mars 2005, E/CN.15/2005/14/Add.1, en particulier les paragraphes 13, 14, 30 et 31.

²⁸⁸ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, paragraphe 25.

²⁸⁹ Résolution 1810 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, paragraphe 5.6.

²⁹⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, paragraphe 25. Voir aussi l'Observation générale n° 12, paragraphe 124.

²⁹¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, paragraphes 46 et 47.

A. LACUNES PERSISTANTES DANS LES GARANTIES PROCÉDURALES MISES EN PLACE POUR LES ENFANTS EN EUROPE

Comme l'a fait remarquer l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la législation des pays européens ne prévoit pas toujours de système de tutelle approprié en faveur des enfants migrants non accompagnés ou séparés. Même lorsqu'un cadre juridique adéquat est en place, les retards administratifs peuvent avoir pour effet d'exposer ces enfants à un risque de traite ou d'autres sévices²⁹². Un autre problème persistant est que des institutions, et non des personnes, se voient parfois confier des tutelles, ce qui empêche le développement d'une relation personnalisée avec chaque enfant. Autre constat: les contacts entre le tuteur et les enfants à sa charge sont parfois si rares et formels que les enfants ne se rendent pas compte qu'ils ont un tuteur qui a pour mission de les aider et de défendre leurs intérêts²⁹³.

De plus, dans les cas où le tuteur est un fonctionnaire de l'autorité locale, laquelle est censée supporter les coûts de prise en charge de l'enfant si celui-ci reste dans le pays, il y a évidemment conflit d'intérêts, situation qui risque fort d'être défavorable à l'enfant. C'est le cas notamment en Italie, comme l'a fait remarquer le juge Joseph Moyersoer lors du colloque judiciaire. Hormis quelques cas de particuliers prenant des enfants en charge, la plupart du temps, la tutelle est confiée à l'organisme administratif susceptible de tirer avantage de la cessation de la tutelle.

Pour la grande majorité des juges réunis au colloque judiciaire, il est impératif d'empêcher les tuteurs ou représentants désignés pour les enfants d'être pris dans ces conflits d'intérêts encore trop fréquents. Toujours selon les participants au colloque, les tuteurs ne devraient pas exercer leur rôle en se limitant aux aspects administratifs mais devraient avoir l'instruction claire de s'intéresser à l'enfant et de représenter son intérêt supérieur. La juge Catherine Sultan a en outre suggéré que les enfants devraient avoir le droit de se voir attribuer un tuteur qui est réellement en mesure d'apprendre à les connaître.

Par ailleurs, les participants ont jugé nécessaire de désigner un représentant légal chargé d'assister l'enfant dès son arrivée et notamment au cours de l'éventuelle procédure d'évaluation de l'âge. Pour le juge Jose Luis De Castro, de l'*Audiencia Nacional* espagnole, il est primordial d'assurer l'assistance juridique de l'enfant dès le tout début de la procédure et ainsi de garantir le respect de ses droits. Ainsi, en cas d'évaluation de l'âge, cette assistance permet à l'intéressé de faire appel de toute décision prise.

Autre motif de préoccupation, l'enfant n'a pas toujours l'occasion d'exercer son droit d'être entendu. En Espagne, par exemple, la probabilité qu'un enfant soit entendu directement par un juge peut varier selon le juge chargé de l'affaire. Au Royaume-Uni, les enfants accompagnés d'un membre de la famille sont très rarement entendus par le juge, qui ne recueille habituellement que les dépositions des membres adultes de la famille. En Italie, le juge n'a connaissance de l'enfant que par l'intermédiaire des rapports des services sociaux. Au Portugal, il arrive que les juges préfèrent ne pas entendre l'enfant en justifiant cette position par le fait qu'un enfant dira uniquement ce que les adultes lui ont dit de dire. Pour Kirsten Sandberg, membre du Comité des droits de l'enfant, le devoir d'entendre l'enfant devrait prévaloir, car les enfants ont le droit d'être traités comme des personnes. Autoriser l'enfant à être présent est aussi un élément crucial de la nécessité de l'informer sur ses droits.

La manière dont les enfants sont entendus doit aussi être améliorée. À cet égard, on a remarqué que les juges interrogeaient parfois des enfants comme s'ils avaient affaire à des personnes accusées d'infractions pénales. Une préoccupation générale concerne le fait que les personnes en contact avec les enfants migrants n'ont pas reçu de formation spécifique. Par exemple, la juge Anita Nagy, du Tribunal métropolitain de Budapest, a remarqué qu'en Hongrie les représentants légaux des enfants

²⁹² Recommandation 1703 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe concernant la protection et l'assistance pour les enfants séparés demandeurs d'asile, avril 2005, paragraphe 5.

²⁹³ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne*, rapport comparatif, 2011, pp. 51 et 52.

non accompagnés ou séparés étaient désignés par l'Office de l'immigration et de la nationalité, qui dispose à cet effet d'une liste nationale d'avocats. Toutefois, ces derniers ne sont pas particulièrement motivés car ils ne sont pas spécialisés en protection de l'enfance et connaissent mal le cadre juridique international applicable.

Certaines bonnes pratiques ont cependant été évoquées. Marianne Rootring, juge à la Cour de La Haye, a parlé de la pratique adoptée par son institution consistant à réunir toutes les affaires qui relèvent de tribunaux familiaux, administratifs ou pénaux et qui concernent le même enfant. Cette pratique permet d'éviter de multiplier inutilement les auditions – chaque enfant n'étant entendu qu'une fois – et d'adapter l'audition à l'enfant. Selon l'intervention de Carlos Jorge Ribeiro, juge au Tribunal de la famille et de la jeunesse du district de Braga, au Portugal, le témoignage de l'enfant est enregistré afin d'éviter de répéter les auditions. De plus, l'enfant est assisté d'un psychologue lors de l'audition au tribunal. Par ailleurs, les juges reçoivent une formation spéciale pour mieux apprendre comment s'adresser à des enfants et être à l'écoute de leurs besoins spécifiques.

B. JURISPRUDENCE NATIONALE

Les cas d'évaluation de l'âge décrits au chapitre II montrent comment les tribunaux nationaux rappellent à l'ordre les autorités administratives pour qu'elles respectent au moins les exigences procédurales minimales. Ces exigences consistent notamment à obliger les autorités à donner une réponse immédiate à toute demande de l'enfant et à informer celui-ci, dans un langage simple, de la finalité de l'entretien d'évaluation de l'âge ainsi que des motifs pour lesquels les personnes chargées de l'entretien ne le croient pas quand il dit avoir moins de 18 ans, cela afin que l'enfant ait l'occasion de réagir à cette allégation. L'enfant doit également être informé de toute décision relative à son âge, des motifs de cette décision et de son droit de demander une réévaluation ou de faire appel de cette décision.

Les affaires évoquées dans le présent chapitre donnent encore davantage de poids à la conclusion selon laquelle les tribunaux nationaux peuvent être très soucieux de la nécessité de respecter les droits de l'enfant et les garanties procédurales requises pour répondre aux besoins spécifiques de l'enfant, d'une part, et de prendre en compte sa vulnérabilité particulière, d'autre part. Ces droits et garanties consistent, entre autres, à accorder à l'enfant le droit d'être entendu dans le cadre de la procédure administrative, le droit d'être assisté par un tuteur et un représentant légal, le droit d'être assisté par un interprète indépendant si l'enfant ne maîtrise pas la langue employée pour l'entretien, et le droit d'être traité comme un enfant, compte tenu de son degré de maturité.

1. Autriche

En vertu du droit autrichien, quand un enfant non accompagné ou séparé est intercepté par la police, il est immédiatement confié aux Autorités de protection des enfants (*Jugendwohlfahrtsträger*), qui agissent alors comme son tuteur, le prennent en charge et assurent sa représentation légale²⁹⁴. Il n'existe toutefois pas de disposition juridique spécifique concernant la tutelle des enfants migrants non accompagnés. En règle générale, les tribunaux chargent l'Autorité de protection des enfants d'agir comme le tuteur de l'enfant non accompagné ou séparé dès qu'il est établi qu'aucune personne appropriée, comme un parent proche, ne pourra assumer ce rôle²⁹⁵. En 2005²⁹⁶, la Cour suprême

²⁹⁴ Rapport sur l'Autriche pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 22 à 24.

²⁹⁵ En mars 2005, le Comité des droits de l'enfant, dans ses observations finales relatives à l'Autriche, s'est dit préoccupé par le fait que les enfants demandeurs d'asile non accompagnés ou séparés de leur famille n'étaient pas systématiquement confiés à la charge d'un tuteur. Il a recommandé à l'Autriche de veiller à ce que les enfants demandeurs d'asile non accompagnés ou

(*Oberster Gerichtshof*) a estimé que, dans de tels cas, les Autorités de protection des enfants sont tenues d'assumer la tutelle de l'enfant. Toutefois, les tribunaux autrichiens ne se sont toujours pas accordés sur la question de savoir si les Autorités de protection des enfants doivent être considérées comme titulaires de la tutelle *ex lege* (du simple fait de la loi, automatiquement) de tout enfant migrant non accompagné ou séparé qui se trouve sur le territoire autrichien, ou si elles doivent attendre de se voir accorder cette tutelle légale par un tribunal pour commencer à agir au nom de l'enfant²⁹⁷.

De plus, il y a différentes règles applicables à la représentation légale, selon que l'enfant demande l'asile ou reste sous la garde de la police en attendant l'expulsion. La Loi de 2005 sur l'asile (*Asylgesetz*) contient des dispositions spécifiques concernant la représentation légale dans le cadre de la procédure d'asile. Pendant la phase d'admission initiale, la représentation légale des enfants non accompagnés ou séparés est assurée par des conseillers juridiques au Centre d'accueil initial (*Erstaufnahmestelle*), où les enfants demandeurs d'asile sont placés après leur arrivée ou lorsqu'ils ont été interceptés par la police. Dès qu'une procédure substantielle de demande d'asile est ouverte pour un enfant, la charge de sa représentation légale est transférée aux Autorités de protection des enfants. De plus, la Loi sur la Police des étrangers prévoit des procédures spécifiques concernant le droit à la représentation légale. Selon ces procédures, les enfants de moins de 16 ans doivent se voir désigner un représentant légal si la Police des étrangers exerce son pouvoir de contrôle de l'entrée, de détention ou d'expulsion des enfants non accompagnés ou séparés. En d'autres termes, bien que les enfants de 16 ans aient le droit d'être assistés d'un représentant légal au cours de la procédure de demande d'asile, ils n'ont pas le droit à une représentation légale s'ils sont placés en détention en attendant une expulsion²⁹⁸.

Arrêt n° 2005/20/0267 du Tribunal administratif (*Verwaltungsgerichtshof*) du 21.12.2006

Le Tribunal administratif a annulé une décision prise par le Sénat fédéral indépendant pour l'asile au motif que les procédures appropriées n'avaient pas été respectées. En effet, la décision en question avait été prise à la suite d'une série d'entretiens au cours desquels le requérant, un jeune de 17 ans, avait été questionné sans bénéficier de l'assistance d'un interprète indépendant et en l'absence de son représentant légal.

Le jeune, un ressortissant nigérian, avait introduit une demande d'asile dès son arrivée en Autriche. Il avait été auditionné deux fois par le Sénat pour l'asile, qui avait ensuite rejeté sa demande et déclaré qu'il était passible d'une expulsion vers le Nigeria. Le jeune avait fait appel de cette décision, et l'affaire avait été renvoyée au Sénat pour l'asile. Le Sénat pour l'asile avait réalisé un entretien verbal et en avait conclu que le requérant avait au moins 18 ans et devait être traité comme un adulte.

Le Tribunal administratif a fait remarquer que, bien que le requérant était devenu adulte au cours de la procédure d'asile, il était encore mineur au moment des premières auditions devant le Sénat pour l'asile et, de plus, n'aurait pas dû être questionné en l'absence d'un représentant légal. Le Tribunal a rejeté l'argument de l'administration répondante selon lequel le requérant s'était révélé un adulte, en estimant qu'une évaluation initiale de l'âge effectuée par un travailleur social, sans qualification professionnelle spécifique en la matière, ne suffisait pas pour établir l'âge du requérant de façon concluante.

Par ailleurs, le Tribunal administratif a noté que l'audition devant l'Autorité d'appel pour l'asile avait été réalisée en anglais et sans l'assistance d'un interprète indépendant. Cette façon de procéder enfreint l'exigence légale imposée à l'autorité compétente de faire appel à un interprète officiel si la personne à auditionner ne connaît pas suffisamment la langue allemande. Le Tribunal a noté que la Loi de 1997 sur l'asile avait établi une autorité d'appel quasi judiciaire, impartiale et indépendante afin de garantir une procédure d'asile équitable, et que le fait de confier la fonction d'interprète à un travailleur social du Sénat pour l'asile était incompatible avec cette garantie.

séparés de leur famille soient systématiquement confiés à la charge d'un tuteur et à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit dûment pris en considération. Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant l'Autriche, CDE/C/15/Add.251, 31 mars 2005, paragraphes 47 et 48.

²⁹⁶ Arrêt n° 7 Ob 209/05v de la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*) du 19.10.2005.

²⁹⁷ Rapport sur l'Autriche pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 31 et 32.

²⁹⁸ Rapport sur l'Autriche pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 32 et 33.

2. France

En vertu du droit français, les enfants migrants non accompagnés ou séparés qui ne sont pas admis sur le territoire français à la frontière et qui sont placés en détention dans une zone d'attente en attendant une expulsion ont le droit de se voir attribuer sans délai un tuteur (*administrateur ad hoc*), qui a pour fonction d'assister et de représenter le mineur dans le cadre de toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à son maintien en zone d'attente et à toute demande afférente à son entrée en France²⁹⁹.

Comme l'a indiqué le ministère français de l'Immigration, les autorités françaises se sont heurtées à des difficultés pour recruter un nombre suffisant de tuteurs à affecter aux migrants non accompagnés ou séparés, cela en raison d'un manque apparent de spécialistes de l'enfance pouvant assurer ce rôle. Afin de remédier à ces insuffisances, la Croix-Rouge française s'est vu confier en 2005 la fonction d'administrateur *ad hoc* auprès des enfants migrants non accompagnés ou séparés placés dans les zones d'attente³⁰⁰. Malgré cet effort, la jurisprudence examinée dans le cadre du présent chapitre montre que la désignation d'un tuteur ne se fait pas toujours en temps utile, auquel cas ces enfants séjournent en zone d'attente sans aucune assistance officielle. Les tribunaux français ont jugé cette pratique illégale.

À titre de garantie supplémentaire, les enfants non accompagnés ou séparés ont le droit de s'adresser au tribunal même s'ils n'ont pas de représentant légal. Dans ce cas, les juges des tribunaux pour enfants sont compétents pour évaluer les risques individuels ou sociaux pesant sur les enfants non accompagnés ou séparés maintenus en détention en zone d'attente et peuvent placer ces enfants sous la tutelle d'un adulte en séjour légal dans le pays. Cela a été le cas, par exemple, de l'arrêt n° 104/0462 pris par le Tribunal pour enfants de Bobigny le 22.08.2004: le Tribunal a estimé que, s'il ne lui appartenait pas de statuer sur la demande de droit d'asile de l'enfant, il était tenu de prendre en considération la situation personnelle, familiale et sociale de l'enfant afin d'évaluer les autres risques pesant sur l'enfant en cas de renvoi dans son pays d'origine. Étant donné que l'enfant, un garçon congolais de 13 ans, ignorait où se trouvaient ses parents et qu'il avait un grand frère séjournant en France en vertu d'un permis de séjour, le Tribunal a décidé de confier l'enfant à son frère pour une période de six mois, pendant laquelle il serait possible de réaliser une évaluation approfondie de la situation de l'enfant et d'auditionner celui-ci.

Arrêt n° 02-20613 de la Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, du 18.05.2005

La Cour de cassation a annulé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes au motif que cet arrêt avait violé les articles 3.1 et 12.2 de la CDE en ne se prononçant pas sur la demande faite par une enfant d'être entendue au cours de la procédure qui allait décider de la pertinence ou non de changer son lieu de séjour. Cette enfant, qui avait 12 ans lors du déroulement de la procédure, vivait avec sa mère aux États-Unis. Pendant la procédure engagée par son père pour voir modifier son lieu de séjour, l'enfant avait écrit à la Cour d'appel pour demander à être entendue par celle-ci. La Cour d'appel n'avait toutefois pas donné suite à cette demande.

La Cour de cassation a noté que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Elle a également indiqué que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge à toute étape de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel. Et d'ajouter que toute décision de ne pas entendre l'enfant doit être dûment justifiée.

²⁹⁹ Rapport sur l'Espagne pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, pp. 4 et 8.

³⁰⁰ Rapport sur la France pour l'étude comparative du REM *Policies on Reception, Return, Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors in the EU*, p. 9.

Selon la conclusion de la Cour de cassation, la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu obligeaient la Cour d'appel à prendre en compte la demande de l'enfant.

Arrêt n° 06-17238 de la Cour de Cassation, 1^{re} Chambre civile, du 22.05.2007

La Cour de cassation a annulé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, qui avait rejeté le recours introduit contre la désignation tardive d'un administrateur ad hoc pour un enfant non accompagné maintenu en zone d'attente pendant une période de plus d'une semaine. L'enfant, de nationalité turque, était arrivé en France par avion en provenance d'Istanbul avec un billet dont la destination finale était Rio. Une fois sur le sol français, il y avait demandé l'asile. Ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire français, l'enfant avait été placé en zone d'attente le jour même. La décision de refus d'entrée et de placement en zone d'attente avait été renouvelée le surlendemain. Trois jours après l'arrivée de l'enfant, un juge des libertés et de la détention avait autorisé son maintien en zone d'attente pour une durée de huit jours.

La Cour d'appel avait rejeté l'appel interjeté contre cette décision et fait remarquer que, même si l'administrateur ad hoc a été désigné tardivement, cette désignation avait été acceptée sans réserve par la Croix-Rouge et que ce retard n'avait pas porté atteinte à l'intéressé puisque celui-ci n'avait pas été privé de son droit de demander asile. De plus, la Cour d'appel avait noté que l'enfant n'avait pas souffert d'un manque de soins de santé puisque la zone d'attente disposait d'un centre médical librement accessible.

La Cour de cassation a estimé que le juge de la juridiction inférieure avait violé la loi en prenant sa décision alors qu'il savait que l'administrateur ad hoc de l'enfant n'avait été désigné qu'après un délai de 39 heures. La Cour de cassation a noté que ce délai n'était justifié par aucune circonstance particulière. Elle a ajouté que tout retard dans la mise en œuvre de l'obligation légale de désigner un administrateur ad hoc pour un enfant non accompagné était susceptible de porter atteinte aux intérêts de cet enfant.

Arrêt n° 2010-614 DC du Conseil constitutionnel du 04.11.2010

Le Conseil constitutionnel a estimé que la loi qui autorisait la ratification de l'Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la Roumanie relatif à une coopération en vue de la protection des mineurs roumains isolés sur le territoire de la République française et à leur retour dans leur pays d'origine était contraire à la Constitution française pour la raison qu'elle n'établissait pas de procédure d'appel par le biais de laquelle les mineurs en question auraient pu mettre en cause une décision visant à les renvoyer en Roumanie.

Le Conseil constitutionnel avait été sollicité pour établir la constitutionnalité de la loi en question. Cette demande émanait d'un groupe de députés pour lesquels la loi ne pouvait autoriser la ratification d'un accord qui instaurait une procédure dérogatoire d'expulsion des mineurs roumains, constituant ainsi une atteinte aux principes d'égalité devant la loi et au droit des enfants de se défendre dans toute affaire intentée à leur encontre. Les députés soutenaient aussi que l'État était tenu d'assurer les conditions nécessaires pour le développement individuel de ces enfants et de garantir leur santé, leur sécurité matérielle, leur repos et leur détente, comme pour tous les autres enfants.

Le Conseil constitutionnel a rappelé que, aux termes de l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution», et que cette disposition garantit à toute personne le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif.

Le Conseil a noté que l'Accord en question instituait une procédure de raccompagnement d'un mineur non accompagné à la demande des autorités roumaines et que l'autorisation de raccompagner le mineur était donnée en France par le Parquet des mineurs ou par le juge des enfants si celui-ci a été saisi. Il a également fait remarquer qu'aucune disposition de l'Accord ou du droit français n'autorisait un enfant non accompagné ou séparé ou toute personne intéressée de faire appel de la décision de renvoyer l'enfant en Roumanie dès lors que la décision était prise par le ministère public. Le Conseil

constitutionnel a donc conclu que les dispositions de l'Accord en question, qui instituaient une procédure de raccompagnement, violaient le droit des enfants roumains non accompagnés ou séparés à exercer un recours juridictionnel effectif.

3. Irlande

La politique officielle de l'Irlande consiste à ne refuser l'entrée sur le territoire à aucun enfant, qu'il demande asile ou non³⁰¹. Tout enfant non accompagné qui arrive à la frontière ou est identifié après être entré en Irlande passe automatiquement sous la protection de la Loi de 1991 sur la protection de l'enfance, ce qui signifie que l'Exécutif du service de santé (HSE) se charge d'assurer le bien-être de cet enfant. Toutefois, si l'enfant n'obtient pas le statut de réfugié, une protection subsidiaire ou l'autorisation de rester en Irlande, il n'a aucun statut officiel au regard de l'immigration et, par conséquent, pas de droit particulier de séjourner dans le pays³⁰².

La pratique courante est de réaliser tous les entretiens d'enfants migrants non accompagnés ou séparés avec l'assistance d'un interprète, présent physiquement lors de l'entretien ou au moins par connexion téléphonique. En principe, un travailleur social assiste aussi aux entretiens. Pour les enfants de moins de 14 ans, des spécialistes de l'enfance doivent conduire l'entretien³⁰³. Bien que la Loi de 1991 sur la protection de l'enfance prévoit la désignation d'un *tuteur ad litem*³⁰⁴ dans certaines circonstances, cela ne se fait que pour les enfants non accompagnés ou séparés au cas par cas, et il n'y a aucune pratique ou orientation cohérente pour savoir quand cela devrait être le cas. Ces dernières années, les ONG en Irlande ont vivement critiqué le fait que l'on ne désigne pas de *tuteurs ad litem* pour tous les enfants non accompagnés ou séparés. Dans ses Observations finales émises en septembre 2006, le Comité des droits de l'enfant s'est lui aussi dit préoccupé par le fait que les enfants non accompagnés ou séparés de leurs parents ne bénéficient peut-être pas encore des conseils, du soutien et de la protection dont ils ont besoin au cours de la procédure d'asile, notamment en ce qui concerne l'accès aux services et à la représentation indépendante³⁰⁵. En 2009, le Département de la justice, de l'égalité et de la réforme de la loi a déclaré que, aux termes de la Loi de 1991 sur la protection de l'enfance, le travailleur du HSE participant à la procédure devait avoir «le bien-être de l'enfant comme considération primordiale», ce qui signifiait que les *tuteurs ad litem* n'étaient pas nécessaires. Néanmoins, nombreux sont ceux qui se demandent si le HSE n'est pas confronté à un conflit d'intérêts lorsqu'il assume ce rôle³⁰⁶.

L'Irlande a choisi de participer à la Directive Procédures de l'UE³⁰⁷, qui établit que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale dans la décision d'octroyer ou de retirer le statut de réfugié. Aux termes de cette directive, plusieurs garanties procédurales ont été mises en place, en particulier concernant l'assistance juridique, la nécessité d'expliquer clairement la procédure aux enfants non accompagnés ou séparés et la formation spécifique des personnes chargées de mener

³⁰¹ Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, p. 20.

³⁰² S'ils sont identifiés à un point d'entrée, certains enfants migrants non accompagnés peuvent même être enregistrés administrativement comme ayant reçu un refus d'atterrir bien qu'ils aient été autorisés à entrer physiquement dans le pays. Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, pp. 30 et 70.

³⁰³ Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, pp. 23 et 27.

³⁰⁴ Le *tuteur ad litem* est un représentant indépendant désigné par le tribunal et chargé de veiller à ce que l'opinion de l'enfant soit entendue par le tribunal et de conseiller le tribunal quant à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le tuteur peut être désigné par le juge aux fins d'agir dans le cadre d'un appel ou d'une demande d'ordonnance de la cour, mais ce cas est peu fréquent. Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, p. 46.

³⁰⁵ Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant l'Irlande, CDE/C/IRL/CO/2, 29 septembre 2006, paragraphe 64.

³⁰⁶ Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, pp. 46-47.

³⁰⁷ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.

les entretiens avec les enfants demandeurs d'asile³⁰⁸. Lorsqu'un enfant veut demander l'asile, l'équipe de travailleurs sociaux du HSE l'aide à introduire sa demande de statut de réfugié auprès de l'ORAC. Par ailleurs, en tant que demandeur d'asile, l'enfant a également droit à l'assistance juridique du Service juridique aux réfugiés. Toutefois, des préoccupations persistent parmi les ONG et les travailleurs sociaux en raison du fait que le système d'asile est plutôt conçu pour les adultes, qu'il implique l'emploi d'un langage juridique complexe et qu'il risque de faire subir de nouveaux traumatismes aux enfants concernés. Des appels ont donc été lancés pour que la procédure de détermination de l'âge aux fins de l'asile tienne davantage compte des enfants et, en particulier, pour qu'elle leur soit expliquée dans des termes adaptés à leur âge et à leur sensibilité³⁰⁹.

Naruba Djimbonge [une mineure] contre la Cour d'appel pour réfugiés, le ministre de la Justice et le HSE, affaire non publiée, Haute Cour, 16 octobre 2006, n° 1293 JR

N., une mineure de 15 ans en provenance de la République démocratique du Congo, est arrivée en Irlande en tant qu'enfant non accompagnée, puis a été confiée aux soins du HSE. Lorsque sa demande d'asile a été refusée par la Cour d'appel pour réfugiés, elle a décidé de demander à la Haute Cour une révision judiciaire de cette décision. Toutefois, comme elle était mineure, le Règlement des tribunaux supérieurs l'obligeait à intenter toute procédure par le biais d'un «plus proche ami», c.-à-d. un adulte pouvant agir au nom d'un mineur qui n'a pas de tuteur légal et est trop jeune pour intenter lui-même une action en justice. Lorsque le HSE a refusé d'agir en qualité de «plus proche ami», la mineure a demandé à son avocat de contester l'obligation de compter sur une telle personne adulte. Pour ce faire, elle a avancé que cette règle constituait une atteinte à ses droits découlant de l'article 6 de la CEDH et de son droit constitutionnel d'accès aux tribunaux. La Haute Cour a accepté ces arguments et lui a accordé l'autorisation de solliciter une révision judiciaire sans passer par un «plus proche ami».

O. [un mineur] et autres contre MJELR et autres [2010] IEHC 297

O. est arrivé en Irlande en décembre 2006 en tant que demandeur d'asile non accompagné et y a demandé le statut de réfugié. Au moment où la Haute Cour a rendu son arrêt, le requérant était à la charge de son frère, qui avait été reconnu réfugié par le ministre de la Justice, de l'Égalité et de la Réforme de la loi (MJELR).

Le requérant avait demandé asile en raison de craintes de persécutions à la fois du gouvernement afghan et des talibans. Sa demande d'asile a d'abord été examinée par le Commissaire aux demandes d'asile, qui a estimé que le requérant n'avait pas établi le bien-fondé de ses craintes de persécutions et a par conséquent recommandé de ne pas lui octroyer le statut de réfugié. Le requérant a fait appel du rapport et de la recommandation du Commissaire auprès de la Cour d'appel pour réfugiés, laquelle a estimé qu'aucun des aspects de sa requête n'était crédible ni fondé et, en conséquence, a confirmé la recommandation du Commissaire aux demandes d'asile.

Le mineur a ensuite sollicité une révision judiciaire de la méthode suivie par le ministre de la Justice, de l'Égalité et de la Réforme de la loi et par la Cour d'appel pour réfugiés pour prendre les décisions en question. En particulier, il était reproché à ces deux parties de ne pas avoir attaché assez d'importance au fait que le requérant était mineur et de ne pas avoir accordé à celui-ci le bénéfice du doute. Lors de l'audition, le représentant du mineur a également affirmé que le tribunal aurait dû respecter le principe bien établi selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale à prendre en compte dans le contexte de procédures judiciaires, qui peuvent s'avérer traumatisantes pour les enfants.

La Haute Cour a estimé que les décisions prises en rapport avec les éventuelles persécutions par le gouvernement afghan étaient légitimes mais, en revanche, que les conclusions tirées des craintes

³⁰⁸ Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, p. 48.

³⁰⁹ Corona Joyce et Emma Quinn, *Policies on Unaccompanied Minors in Ireland*, The Economic and Social Research Institute Dublin, 2009, p. 50.

exprimées par le mineur au sujet de persécutions de la part des talibans étaient largement et arbitrairement fondées sur des spéculations et conjectures.

Selon la Haute Cour, la méthode appropriée aurait consisté à prendre en considération la crédibilité subjective du requérant concernant l'expression de ses craintes des talibans et du fait que ceux-ci auraient pu le forcer à devenir un enfant soldat. Ce faisant, le bénéfice du doute aurait dû lui être accordé du fait qu'il s'agissait d'un enfant. Par conséquent, la Haute Cour a annulé la décision prise par la Cour d'appel pour réfugiés

4. Italie

Selon la Loi italienne de 1998 sur l'immigration, les enfants migrants non accompagnés ou séparés ne peuvent être renvoyés dans leur pays d'origine que si l'on établit que cela est dans leur intérêt supérieur. Il incombe au Comité pour les enfants étrangers (*Comitato Minori Stranieri*) d'examiner toutes les possibilités de solution durable pour un enfant non demandeur d'asile et de décider s'il faut ou non ordonner le retour assisté de l'enfant vers son pays d'origine. Si le Comité pour les enfants étrangers conclut qu'un retour assisté est possible et qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, l'affaire est portée devant le Tribunal de la jeunesse (*Tribunale per i minorenni*), qui autorise le retour. L'enfant peut faire appel de cette décision devant les tribunaux ordinaires ou administratifs³¹⁰.

Le Comité pour les enfants étrangers doit lancer une procédure de recherche de la famille de l'enfant, vérifier si celle-ci souhaite voir l'enfant revenir auprès d'elle et si l'enfant ne risque pas d'être négligé ou abusé en cas de retour. L'enfant non accompagné ou séparé doit aussi consentir à ce retour. De plus, les autorités locales sont tenues de faire état du degré d'intégration de l'enfant dans la communauté locale. Néanmoins, dans certaines affaires, des décisions d'exécution de renvois d'enfants ont été prises sans respecter ces garanties³¹¹. Il a également été signalé que parfois des retours assistés n'ont pas eu lieu alors que les enfants concernés les avaient demandés³¹².

En Italie, les tribunaux de la jeunesse se caractérisent par une composition spéciale, conçue pour refléter la diversité des compétences et connaissances requises pour traiter des affaires relatives aux enfants portées devant ces tribunaux spécialisés³¹³. Chaque tribunal se compose de deux «juges ordinaires» (*giudici togati*) et de deux «juges honoraires» (*giudici onorari*), qui sont spécialisés en sciences humaines, le plus souvent la pédagogie et la psychologie³¹⁴. Comme nous le verrons ci-dessous, la Cour suprême italienne a estimé que la composition et les compétences spécifiques de ces tribunaux sont nécessaires dans toutes les affaires impliquant des enfants, car elles permettent de garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est dûment pris en compte.

Arrêt n° 354/02 du Tribunal administratif régional (Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino-Alto Adige) du 07.10.2002

Le Tribunal administratif a annulé une décision du Comité pour les enfants étrangers, qui avait ordonné le retour assisté d'un enfant vers l'Albanie contre la volonté de celui-ci. Il a estimé que, en prenant cette décision, le Comité avait violé les articles 3 et 12 de la CDE et n'avait pas agi conformément à la Loi de 1998 sur l'immigration.

³¹⁰ Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies*. Analyse du cas de l'Italie pour une étude comparative au niveau de l'UE, 2009, pp. 14 et 15.

³¹¹ Citons, par exemple, le cas de l'arrêt n° 284/02 du Tribunal administratif régional du Trentino-Alto-Adige du 22.08.2002.

³¹² Rapport sur l'Italie pour l'étude comparative du REM *Unaccompanied Minors: Quantitative Aspects and Reception, Return and Integration Policies*. Analyse du cas de l'Italie pour une étude comparative au niveau de l'UE, 2009, p. 30.

³¹³ Voir <http://www.minoriefamiglia.it/download/santini-go.PDF> [25.09.2011].

³¹⁴ Voir <http://www.tribunaledeiminori.it/> [25.09.2011].

L'enfant était entré en Italie non accompagné et illégalement. Le Tribunal de la jeunesse de Trento l'avait confié à la garde des Services sociaux locaux, qui l'avait alors placé dans une communauté d'accueil, la *Comunità Alloggio di Palazzo Onda*. Après quelques problèmes d'intégration, l'enfant avait entamé un programme scolaire dans un établissement d'enseignement secondaire inférieur et obtenait des résultats positifs. Lorsque la procédure a été portée devant le Tribunal administratif, l'enfant était inscrit en première année d'une formation professionnelle au *Centro Formazione Professionale di Trento*.

Un an après l'arrivée de l'enfant en Italie, le Comité pour les enfants étrangers avait ordonné son retour assisté en Albanie, où vivaient ses parents. Le Tribunal administratif a noté que l'enfant était intégré à la communauté locale, faisait des progrès à l'école et tissait des liens sociaux positifs. Le Tribunal a également constaté que la sœur et le beau-frère de l'enfant vivaient en Italie en séjour régulier et étaient disposés à accueillir l'enfant et le prendre en charge, et que ses parents voulaient qu'il reste en Italie pour y terminer ses études. Par conséquent, le Tribunal a estimé qu'il ne serait pas légitime de renvoyer l'enfant en Albanie.

De plus, le Tribunal a rappelé que la CDE stipulait, à son article 3 que «dans toutes les décisions qui concernent les enfants,... l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale» et que, à son article 12, la CDE garantit à «l'enfant... 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». Le Tribunal a conclu des rapports qui lui ont été soumis que le souhait de l'enfant, ainsi que de ses parents, était de rester en Italie, un pays qui connaît de toute évidence une situation plus propice que l'Albanie pour offrir à l'enfant de meilleures possibilités de se former et de s'intégrer à la communauté et au marché du travail.

Arrêt n° 1349 de la Cour de cassation (Corte Suprema di Cassazione) du 26.05.2008

La Cour de cassation a annulé une décision de la Cour d'appel de Rome, qui avait ordonné l'extradition vers la Roumanie d'une jeune fille de 19 ans reconnue coupable de vol dans ce pays quand elle était encore une enfant. Après avoir été attrapée faisant du vol à l'étalage à 14 ans, elle avait été condamnée à un emprisonnement de deux ans, puis s'était enfuie avec sa famille en Italie. Les autorités judiciaires roumaines avaient émis un mandat d'arrêt européen à l'encontre de la jeune fille, qui a ensuite été arrêtée à Rome et emprisonnée en attendant son extradition.

La Cour d'appel de Rome avait accédé à la demande d'extradition au motif que toutes les conditions légales étaient réunies. En effet, les faits décrits dans le mandat d'arrêt européen correspondaient aux éléments nécessaires du délit de vol aggravé (*furto aggravato*) tel que défini par le système juridique italien, et la peine d'emprisonnement à purger n'était pas inférieure à quatre mois. En outre, la Cour d'appel a estimé que le système juridique roumain était capable d'effectuer une évaluation individuelle de la capacité et de l'intention de l'enfant puisque, selon le Code pénal roumain, un enfant entre 14 et 18 ans ne peut être tenu pénalement responsable que si l'on établit qu'il est capable de discernement. Selon la Cour d'appel, il était à supposer que les autorités judiciaires roumaines avaient effectué une telle évaluation dans cette affaire.

Néanmoins, la Cour de cassation n'a pas été de cet avis, estimant qu'aucun élément de la décision judiciaire ayant servi de fondement à l'émission du mandat d'arrêt européen ou de toute autre action entreprise par les autorités judiciaires roumaines n'indiquait qu'une évaluation de la capacité de discernement de l'enfant avait effectivement été réalisée dans le but de déterminer sa responsabilité pénale. La Cour de cassation a noté que la Cour d'appel aurait dû prendre ce fait dûment en considération et demander aux autorités roumaines si une évaluation de la capacité de discernement de l'enfant avait été réalisée.

La Cour de cassation a annulé l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'elle n'avait pas cherché à savoir si la requérante était pénalement responsable au moment des faits, ce qui aurait dû être une condition préalable à l'autorisation d'extrader. Elle a ordonné la mise en liberté de la jeune fille, pour autant qu'elle ne soit pas détenue pour un autre motif. La Cour de cassation n'a toutefois pas renvoyé l'affaire à la Cour d'appel de Rome en vue d'un nouvel arrêt, car elle a estimé que, s'agissant d'une procédure d'extradition impliquant une personne qui était mineure au moment des faits, l'autorité

judiciaire compétente devait être la Section Jeunesse (*Sezione per i minorenni*) de la Cour d'appel et non la Cour dans sa composition ordinaire (*composizione ordinaria*).

La Cour de cassation a estimé que l'évaluation de la capacité de discernement de l'enfant nécessitait l'intervention de juges spécialistes de l'enfance. Elle a rappelé l'arrêt pris en 1983 par la Cour constitutionnelle, qui avait souligné la nécessité de soumettre les questions relevant de la «dimension complexe d'un enfant» (*complessa dimensione minorile*) à un tribunal spécialisé, composé non seulement de juges mais aussi d'experts en matière de biologie, psychiatrie, anthropologie, criminologie, pédagogie ou psychologie possédant l'expertise technique et la compétence professionnelle pour réaliser une évaluation adéquate de la personnalité de l'enfant.

Pour la Cour de cassation, la compétence spéciale des tribunaux de la jeunesse devrait être reconnue également en matière de coopération judiciaire avec les autorités étrangères, puisque les autorités judiciaires italiennes étaient tenues d'évaluer si le système juridique étranger établissait des garanties spécifiques pour les enfants impliqués dans des procédures pénales, une évaluation à réaliser nécessairement par un tribunal spécialisé dans les affaires impliquant des enfants.

5. Espagne

Aux termes du droit espagnol relatif à l'immigration, dès que les autorités policières trouvent un enfant migrant non accompagné ou séparé, elles doivent immédiatement le renvoyer au Service d'aide sociale, lequel vérifie si l'enfant a été abandonné, le place sous sa tutelle et adopte éventuellement les mesures de protection nécessaires. Si l'enfant demande l'asile, le Service d'aide sociale lui offre aussi une assistance et un service de représentation tout au long de la procédure.

Des litiges sont apparus quant à savoir si les enfants migrants non accompagnés ou séparés qui demandent l'asile devraient aussi avoir droit à l'assistance d'un avocat au cours de la procédure d'asile. La Haute Cour (*Audiencia Nacional*) a reconnu que, dans certains cas, il pouvait être raisonnable de demander à ce que l'enfant soit assisté d'un avocat, mais admis que, dans d'autres cas, l'intervention de l'Aide sociale à l'enfance était une garantie suffisante pour la protection juridique de l'enfant. Cela a été le cas dans l'arrêt n° 765/2009 rendu le 15.09.2010 par la Haute Cour, qui a jugé raisonnable de demander à ce qu'un enfant non accompagné ou séparé soit assisté d'un avocat – d'autant plus que la procédure devant l'Administration s'était déroulée en français – mais qui a cependant conclu que les dispositions relatives à la protection juridique de l'enfant avaient été dûment respectées, puisque l'Institut madrilène de l'enfance et de la famille (*Instituto Madrileño del Menor y la Familia*), qui avait reçu la tutelle de l'enfant, avait approuvé la demande d'asile introduite par l'enfant.

Comme nous l'avons déjà vu, le placement de l'enfant sous tutelle publique ne l'empêche pas d'être renvoyé vers son pays d'origine ou un pays tiers s'il a été établi que ce renvoi était possible et répondait à l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, les enfants ne reçoivent pas toujours la possibilité d'être entendus au cours des procédures administratives susceptibles de déboucher sur une expulsion, un fait qui a été jugé illégal. De plus, étant donné que les enfants sont censés être incapables d'intenter eux-mêmes des procédures juridiques (*capacidad procesal*), on leur refusait encore, il y a peu, la possibilité de déposer eux-mêmes un appel devant les tribunaux contre les décisions administratives ordonnant leur expulsion, une situation qui les laissait sans aucune défense s'ils étaient en désaccord avec leur tuteur³¹⁵. L'arrêt du Tribunal constitutionnel examiné dans le présent chapitre a changé la donne en reconnaissant expressément à l'enfant le droit d'exercer des recours juridictionnels effectifs.

³¹⁵ Juan Ignacio de la Mata, *Dos Sentencias del TC Mejoran la Protección de la Infancia*, dans «Abogados», février 2009, p. 36.

Arrêt n° 183/2008 du Tribunal constitutionnel (Tribunal Constitucional) du 22.12.2008

Le Tribunal constitutionnel a accueilli l'appel déposé par un enfant d'origine marocaine contre un arrêt de la Haute Cour de Madrid selon lequel l'enfant n'avait pas de capacité juridique, et ordonné que l'affaire soit réexaminée à la lumière du droit fondamental de l'enfant d'exercer un recours juridictionnel effectif.

L'enfant avait été déclaré en «situation d'abandon» (*en situación de desamparo*) par la Commission des tutelles de mineurs (*Comisión de Tutela del Menor*) de la Communauté de Madrid, qui l'avait placé sous sa tutelle puis avait demandé à l'Administration centrale de renvoyer l'enfant dans son pays d'origine, où vivaient encore ses parents. Avec l'assistance d'un avocat, l'enfant, qui avait alors 17 ans, avait contesté la décision du gouvernement central d'ordonner son renvoi au Maroc. Pour ce faire, il s'est adressé au Tribunal administratif de Madrid, qui avait accueilli son appel et annulé l'ordre d'expulsion. Le Ministère public, le Procureur général et l'avocat de la Commission d'aide sociale à l'enfance avaient fait appel de cette décision devant la Haute Cour de Madrid.

La Haute Cour de Madrid avait jugé qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur la question substantielle, puisque l'affaire n'aurait pas dû être instruite par le Tribunal administratif, cela en raison du fait que l'enfant n'avait pas de capacité juridique et ne pouvait donc donner des instructions à un avocat. La Haute Cour a noté que l'avocat de l'enfant n'avait fourni aucune preuve d'avoir été autorisé à agir au nom de l'enfant, qui n'avait pas capacité juridique et avait été placé sous la tutelle d'un organisme public. Elle a également noté que le juge de l'instance inférieure n'avait pas la compétence pour compenser l'absence de capacité juridique de l'enfant en désignant un avocat de la défense, puisque seuls les parents de l'enfant, agissant comme ses représentants légaux, ou le Bureau du procureur général avaient la capacité procédurale d'interjeter appel en son nom contre la décision administrative.

Le Tribunal constitutionnel a noté que, s'il n'avait pas encore statué sur la capacité procédurale des enfants à faire appel de décisions affectant leur intégrité personnelle, il avait souvent conclu que le droit de l'enfant à exercer un recours juridictionnel effectif avait été affecté négativement par le fait de ne pas avoir été entendu au cours des procédures. Le Tribunal constitutionnel a rappelé qu'il avait constamment fait respecter le droit de l'enfant capable de discernement à être entendu dans toutes les procédures judiciaires ou administratives susceptibles de le concerner, comme cela est établi par l'article 12 de la CDE et l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par les dispositions juridiques nationales relatives au bien-être des enfants.

Le Tribunal constitutionnel a estimé que la Haute Cour de Madrid avait violé le droit de l'enfant à exercer un recours juridictionnel effectif et, en particulier, à accéder à un tribunal; il a également estimé que l'interprétation faite par la Haute Cour des règles de procédure avait été disproportionnée, puisqu'elle avait omis de considérer le fait qu'elle empêcherait une personne directement affectée par une décision administrative d'avoir une quelconque possibilité de contester cette décision devant un tribunal. Le Tribunal constitutionnel a expliqué que l'interprétation des règles de procédure relatives à la capacité juridique devrait obéir à un principe *pro actione* afin d'éviter l'adoption de décisions disproportionnées et le sacrifice d'intérêts particulièrement pertinents, notamment le droit de tout enfant capable de discernement d'être entendu par un tribunal avant que ne soient adoptées des mesures affectant son intégrité personnelle. Pour cette raison, tout enfant capable de discernement doit se voir accorder le droit de s'adresser aux tribunaux, à quelque niveau que ce soit, afin de défendre son intégrité personnelle, cela même contre l'avis des personnes chargées de sa représentation légale.

Arrêt n° 291 du Tribunal supérieur de justice (Tribunal Superior de Justicia de Madrid) du 10.03.2009

Le Tribunal supérieur a rejeté l'appel déposé par l'État contre un arrêt de la Cour administrative de Madrid qui était passé outre une ordonnance administrative de renvoyer au Maroc un enfant d'origine marocaine au motif que plusieurs garanties procédurales avaient été ignorées, notamment le droit de l'enfant à être entendu au cours de la procédure d'expulsion. L'État avait argumenté que l'enfant avait été entendu, bien que pas par l'Administration générale de l'État (*Administración General del Estado*), et avait ajouté que, en tout état de cause, un entretien avec l'enfant n'était pas toujours nécessaire.

Le Tribunal supérieur a approuvé l'arrêt de l'instance inférieure. Il a fait remarquer que, en vertu de la loi, il incombe à l'Administration générale de l'État de décider d'expulser ou non l'enfant après avoir entendu celui-ci et recueilli l'avis des Services de protection de l'enfance. Le Tribunal supérieur a souligné que la seule autorité compétente pour expulser un enfant sous tutelle publique était l'Administration générale de l'État et que, en conséquence, il incombait à cette dernière d'entendre l'opinion de l'enfant. Pour l'Administration générale de l'État, il n'était pas suffisant de compter sur le fait qu'un entretien avec l'enfant avait été réalisé précédemment par la partie chargée de la tutelle de l'enfant, c.-à-d. l'Institut madrilène de l'enfance (*Instituto Madrileño del Menor*).

Le Tribunal supérieur a noté que le seul document présenté par l'État avait été sa décision d'expulser l'enfant vers son pays d'origine, et que ce document ne mentionnait pas d'entretien avec l'enfant ni aucun élément confirmant que les conditions requises pour une réunification de l'enfant avec sa famille étaient effectivement remplies. Le Tribunal supérieur a conclu qu'il y avait eu violation des garanties procédurales requises dans le cadre de la procédure de rapatriement. Et d'ajouter que tout enfant avait le droit d'être entendu lors d'une procédure de rapatriement qui le concerne et que cette audition devait se dérouler avec les meilleures garanties possibles pour l'enfant. La procédure doit donc être une procédure établie légalement et ne peut avoir d'autre forme, conduite par une autorité différente. Le Tribunal supérieur a souligné que ces garanties procédurales sont indispensables pour protéger l'enfant, car elles correspondent au seul moment de la procédure où l'enfant peut répondre à toute allégation susceptible d'exercer une influence décisive sur la décision ultérieure de le renvoyer dans son pays d'origine.

Toujours selon le Tribunal supérieur, le fait que l'enfant n'avait pas été entendu par le décideur avait entraîné un manque réel de protection, et il était impossible d'être certain que la décision finale aurait été identique si les garanties procédurales avaient été respectées. Le Tribunal supérieur a souligné que l'omission de l'entretien avec l'enfant s'était traduite par un manque matériel de protection (*indefensión material*), puisque cette omission avait privé l'enfant des procédures que la loi lui accordait pour lui permettre de défendre ses droits.

6. Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, il n'existe aucune forme de tutelle, malgré les campagnes en faveur de l'adoption de dispositions en la matière qui ont été menées par de nombreuses organisations non gouvernementales au cours ces deux dernières décennies. D'après le gouvernement, les enfants non accompagnés ou séparés bénéficient d'une représentation et d'une assistance suffisantes en se voyant désigner un travailleur social par l'autorité locale de la région où ils sont hébergés et en bénéficiant des réexamens réguliers de leurs besoins de bien-être conduits par des agents d'examen indépendants, qui sont également employés par l'autorité locale en question. Cette dernière particularité est aussi valable pour les avocats auxquels les enfants ont droit en tant qu'enfants pris en charge par une autorité locale³¹⁶. Néanmoins, des études ont indiqué que, «en réalité, très peu d'enfants non accompagnés ou séparés ont reçu un soutien personnalisé intensif des travailleurs sociaux qui leur sont affectés. Dans de nombreux cas, surtout pour les enfants placés en logement semi-indépendant ou assisté, des contacts n'ont eu lieu que lorsque les enfants ont appelé les travailleurs sociaux afin d'avoir rendez-vous avec eux»³¹⁷. De plus, l'Association nationale des agents d'examen indépendants a déclaré que «l'une des fonctions essentielles des IRO [Independent Reviewing Officers] consiste à offrir une perspective indépendante, libre de toute pression managériale ou politique de l'autorité locale. Toutefois, selon les modalités actuelles, les IRO sont soit employés directement par les autorités locales, soit... travaillent pour le compte de celles-ci [aux

³¹⁶ Cette opinion a été très récemment exprimée dans une lettre adressée à l'ECPAT UK de la part de Damian Green M.P., ministre de l'Immigration, en date du 25 mai 2011, et de la part de Tim Loughton, M.P., sous-secrétaire d'État parlementaire pour l'enfance et la famille, en date du 31 mai 2011.

³¹⁷ Laura Brownlees and Nadine Finch, *Levelling the Playing Field: A UNICEF UK report into provision of services to unaccompanied or separated migrant children*, mars 2010, page 124.

termes d'un] contrat»³¹⁸. Il en va de même pour les avocats mis à la disposition des enfants pris en charge par une autorité locale. Le Comité des droits de l'enfant³¹⁹ a attiré l'attention du gouvernement du Royaume-Uni sur le fait qu'il n'avait pas encore envisagé de désigner des tuteurs pour les enfants non accompagnés demandeurs d'asile ou migrants. Il s'est en outre dit préoccupé par l'absence de mécanisme de surveillance indépendant, comme un système de tutelle, pour évaluer les conditions d'accueil des enfants non accompagnés devant être renvoyés dans leur pays.

À l'heure actuelle, tous les enfants non accompagnés ou séparés ont droit à un service gratuit d'assistance et de représentation juridiques, financé par la Commission des services juridiques, pour autant qu'ils demandent le statut de réfugié, toute autre forme de protection internationale ou un permis de séjour en vue de pouvoir rester au Royaume-Uni. Toutefois, les modifications du système d'assistance juridique qui sont actuellement débattues au Parlement du Royaume-Uni³²⁰ auront pour effet que ces enfants ne bénéficieront pas d'office du droit à une assistance juridique gratuite pour les demandes et les appels sans rapport avec la protection au titre de la Convention sur les réfugiés ou une détention illégale. Ces enfants garderont cependant le droit à une assistance juridique gratuite pour contester une évaluation de l'âge illégale ou une décision illégale concernant un logement ou une aide à fournir ou pas par une autorité locale. Ils pourront agir en ce sens devant la division Tribunal administratif de la Haute Cour et, si nécessaire, devant la Cour d'appel ou la Cour suprême.

La *Border Agency* du Royaume-Uni a également adopté des modalités et procédures favorables aux enfants pour décider des demandes d'asile introduites par des enfants non accompagnés ou séparés; par ailleurs, elle prend en compte l'âge de l'enfant pour traiter toute autre demande. Des orientations ont été émises quant à la manière de traiter les appels déposés par les enfants non accompagnés au Tribunal de l'immigration et de l'asile. Dans les tribunaux administratifs qui peuvent recevoir des demandes de révision judiciaire d'évaluations de l'âge ou de décisions d'autorités locales concernant le logement ou l'aide fournis aux enfants migrants non accompagnés ou séparés, l'enfant doit agir par le biais d'un «ami en justice» (*litigation friend*) adulte. Pour les procédures traitées par les tribunaux de la famille, qui peuvent être lancées pour des cas d'abus de la part d'un parent ou d'un autre adulte, un tuteur est désigné pour assister ces enfants.

Dans ses Observations finales émises en 2008³²¹, le Comité des droits de l'enfant a déclaré regretter que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'était toujours pas tenu pour une considération primordiale dans toutes les décisions législatives et politiques concernant les enfants au Royaume-Uni.

Le Royaume-Uni a cependant fait quelques progrès pour améliorer cette situation lorsqu'il a adopté la section 55 de la Loi de 2009 sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration, qui oblige le ministre de l'Intérieur (*Secretary of State for the Home Department*) à prendre en considération la nécessité de sauvegarder et promouvoir le bien-être des enfants au Royaume-Uni, et lorsque le gouvernement a consenti à ce que cette disposition s'applique aux enfants non accompagnés ou séparés. Dans le but de rendre effective cette obligation, le gouvernement a émis des lignes directrices³²² sur la mise en œuvre de cette section et modifié d'autres politiques ayant des effets sur ces enfants. Néanmoins, le nombre de révisions judiciaires menées à l'heure actuelle au motif que la section 55 n'a pas été prise en compte donne à penser que cette politique doit encore être traduite dans la pratique régulière. En outre, d'autres affaires indiquent que les politiques relatives aux enfants non accompagnés ou séparés ne sont pas non plus appliquées de façon cohérente.

³¹⁸ *Protocol for the Management of IROs within Local Authorities*, site internet de la National Association of Independent Reviewing Officers, 11 juin 2011.

³¹⁹ Observations finales concernant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, CDE/C/GBR/CO/4, 20 octobre 2008, paragraphes 70 et 71.

³²⁰ Loi sur l'assistance juridique, la condamnation et les sanctions prises à l'encontre des délinquants.

³²¹ Voir le paragraphe 26.

³²² *Every Child Matters Change for Children: Statutory guidance to the UK Border Agency on making arrangements to safeguard and promote the welfare of children*, Home Office UK Border Agency et Department for Children, Schools and Families, novembre 2009.

R. (à la demande de Blerim Mlloja) contre Secretary of State for the Home Department [2005] EWHC 2833 (Admin)

Blerim était un enfant migrant non accompagné, un orphelin en provenance d'Albanie. Il avait 15 ans quand il a demandé l'asile au Royaume-Uni. La *Border Agency* du Royaume-Uni n'ayant pas cru qu'il était mineur, elle a traité sa demande d'asile comme si elle émanait d'un adulte. Par conséquent, il a été interrogé sur les persécutions qu'il avait subies, un entretien auquel il n'aurait pas été soumis s'il avait été reconnu mineur. De plus, comme il était traité en adulte, personne n'a tenu compte du fait qu'il était mineur au moment de juger de sa crédibilité. Sa demande d'asile a été rejetée, mais une autorisation discrétionnaire de rester au Royaume-Uni jusqu'à l'âge de 18 ans lui a été accordée. Toutefois, au même moment, l'autorité locale dont il relevait, ayant accepté le fait qu'il était mineur, l'a placé auprès d'un parent d'accueil, avec qui il a ensuite tissé un lien très étroit. Tout de suite après son 18^e anniversaire, le garçon a été arrêté et informé qu'il devait être renvoyé en Albanie.

Il a demandé une révision judiciaire de cette décision en argumentant que l'autorité locale avait accepté le fait qu'il était mineur et en avait informé le *Home Office*, lequel n'en avait pas tenu compte, alors que le *Home Office* avait pour politique de se fier à l'évaluation de l'âge potentiel d'un mineur réalisée par une autorité locale. Selon le juge Gibbs, siégeant au Tribunal administratif de la Haute Cour, du fait que cette demande d'asile a été traitée comme émanant d'un adulte, la décision de rejet de la demande d'asile contenait un vice juridique et de procédure et devait donc être annulée. Il a donc été demandé au *Home Office* de soumettre le jeune à un nouvel entretien, même s'il était admis qu'il avait entre-temps atteint l'âge adulte, et d'adopter une nouvelle décision concernant sa demande. Le jeune a ensuite reçu l'autorisation discrétionnaire de rester au Royaume-Uni pour une période initiale de trois ans au motif qu'il avait établi un lien privé très étroit dans ce pays et que son renvoi en Albanie constituerait une mesure disproportionnée, eu égard au fait qu'il n'avait plus là-bas ni famille ni amis.

A.A. (Afghanistan) contre Secretary of State for the Home Department [2007] EWCA Civ 12

Le requérant était un enfant non accompagné en provenance d'Afghanistan qui était arrivé au Royaume-Uni et y avait demandé l'asile. Son jeune âge ayant été contesté, sa demande d'asile a été traitée dans le cadre de la procédure ordinaire pour adultes. Toutefois, le juge d'appel pour l'immigration, pour reprendre sa nouvelle dénomination, a ajouté foi à sa déclaration de minorité. Le magistrat a cependant fait subir au requérant un test inapproprié pour déterminer les risques éventuels de son renvoi en Afghanistan et a estimé qu'il n'était pas un enfant non accompagné puisqu'il avait un oncle à Kaboul.

La Cour d'appel s'est déclarée d'accord avec l'avocat du requérant pour dire qu'un enfant reste non accompagné – qu'il y ait ou non des dispositions adéquates pour assurer l'accueil de l'enfant dans son pays d'origine – s'il est arrivé au Royaume-Uni en ayant moins de 18 ans et sans être accompagné d'un adulte responsable. La Cour d'appel était également d'accord pour dire qu'il n'était pas suffisant pour le tribunal de demander s'il était «raisonnablement probable» que des dispositions d'accueil adéquates soient en place; qu'il fallait, en plus, établir que le ministre de l'Intérieur en était «convaincu».

L'avocat du requérant et celui de la partie intervenante, la *Fondation médicale pour les soins aux victimes de torture (Medical Foundation for the Care of Victims of Torture)*, s'appuyaient aussi sur l'article 3 de la CDE et sur la nécessité d'accorder une importance de principe directeur à cet article. La Cour d'appel n'a pas tiré de conclusion de cette demande, ce qui ne l'a pas empêchée d'estimer que la décision de rejeter l'appel était illégale en raison des vices de procédure qu'elle contenait. Elle a également jugé que le requérant avait subi un préjudice, puisque le ministre de l'Intérieur, lorsqu'il avait appris qu'il était mineur, n'avait pas consenti à lui accorder une autorisation discrétionnaire de rester au Royaume-Uni jusqu'à ses 18 ans. En conséquence, le requérant avait été privé de la possibilité, d'une part, de demander une autre autorisation de séjour peu avant d'atteindre l'âge de 18 ans et, d'autre part, d'interjeter appel si cette demande avait été rejetée.

R (à la demande de la Justice médicale) contre Secretary of State for the Home Department [2010] EWHC 1925 (Admin)

Le 11 janvier 2010, le ministre de l'Intérieur avait adopté une politique concernant les migrants qui demandaient une révision judiciaire pour suspendre leur expulsion du Royaume-Uni à une date très proche de la date d'expulsion prévue. Avec cette politique, les personnes de certaines catégories dont les demandes d'entrée et de séjour au Royaume-Uni avaient été rejetées ne recevaient que peu de notifications, voire pas de notifications du tout, concernant leur expulsion. L'une des catégories de personnes visées par cette politique était celle des enfants non accompagnés en attente d'expulsion vers un pays tiers en vertu des procédures Dublin II. Cette politique donnait au personnel de la *Border Agency* du Royaume-Uni chargé de gérer les affaires l'instruction suivante: «Vous n'avez pas besoin de fournir la notification standard des modalités d'expulsion avant celle-ci si vous estimez que cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant non accompagné en raison d'un risque de fuite de l'enfant en question. Cela est à considérer en concertation avec les Services de l'enfance et le pays de destination».

Au moment où cette affaire est arrivée devant le tribunal, la politique en question avait été suspendue après que le juge Collins eut autorisé l'expulsion le jour même de deux enfants non accompagnés qui avaient été sortis de leur foyer à 4 heures du matin. Dans l'affaire *R. (M. et T.) contre Secretary of State for the Home Department [2010] EWHC 435 (Admin)*, M. a réussi à empêcher sa propre expulsion, mais a été blessée ce faisant, et l'expulsion de T. vers l'Italie a en revanche eu lieu. Le juge Silber a estimé que cette politique n'était pas illégale, car la *Border Agency* du Royaume-Uni avait été conseillée par les travailleurs sociaux de l'autorité locale concernée et par ses propres défenseurs d'enfants et, en outre, l'enfant avait eu accès à la justice et son intérêt supérieur avait été traité comme une considération primordiale.

C. BONNES PRATIQUES

À partir des affaires examinées et de celles qui l'ont été lors du colloque judiciaire, il est permis d'identifier les bonnes pratiques suivantes:

- Considérer qu'il faut affecter un tuteur à l'enfant dès que celui-ci a été identifié comme enfant non accompagné ou séparé.
- Considérer que l'enfant doit être assisté d'un représentant légal et, si besoin est, d'un interprète indépendant à tous les stades de la procédure d'examen de la demande d'asile.
- Considérer que l'enfant doit avoir la possibilité de présenter sa version des faits à un décideur et que celui-ci ne peut pas se contenter de lire les déclarations faites par l'enfant à son tuteur.
- Considérer qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être entendu au cours de la procédure judiciaire s'il a demandé par écrit à y apparaître en personne.
- Si l'enfant est capable de discernement mais n'a pas la capacité juridique pour ce faire, lui permettre de donner des instructions à son représentant légal lorsque celui qui l'héberge refuse d'agir en tant que son «ami en justice».
- Considérer que le souhait exprès de l'enfant de rester dans le pays d'accueil doit être dûment évalué au moment de décider de son retour assisté vers son pays d'origine.

- Considérer que, lorsque la demande d'asile d'un enfant est examinée par un organisme administratif ou en appel, le bénéfice du doute devrait lui être accordé au moment d'évaluer la crédibilité des déclarations sur lesquelles l'enfant fonde sa demande d'asile.
- Considérer que la procédure d'examen de la demande d'asile doit être invalidée si l'enfant n'a pas eu accès à des procédures adaptées à sa situation en tant qu'enfant.
- Considérer que l'enfant doit avoir le droit d'interjeter appel s'il a été proposé de le renvoyer dans son pays d'origine dans le cadre d'un programme de retours assistés.

Chapitre 6: Conclusions et recommandations

La présente étude et le colloque judiciaire ont cherché à répondre à plusieurs questions clés (ci-dessous en italique) sur l'application de l'article 3 (intérêt supérieur de l'enfant) à partir de l'examen de la jurisprudence d'une série de pays européens traitant des enfants migrants, en particulier ceux en situation d'immigration irrégulière et les enfants non accompagnés ou séparés. De cette façon, l'étude a conclu chaque chapitre en identifiant les bonnes pratiques dans le domaine judiciaire. Un certain nombre de juges ayant participé au colloque judiciaire ont émis la suggestion – qui correspond à l'une des recommandations essentielles de la présente étude et à une suggestion du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et de l'UNICEF – d'utiliser les affaires examinées et la présente étude comme des références importantes pour les tribunaux de toute l'Europe qui ont à connaître d'importantes questions concernant les enfants migrants. Ces bonnes pratiques, synthétisées ci-dessous, devraient être largement diffusées auprès des tribunaux et organismes judiciaires et administratifs concernés et des organisations d'aide aux enfants migrants.

Les tribunaux appliquent-ils effectivement le principe de l'intérêt supérieur lorsqu'ils statuent sur les affaires impliquant des enfants migrants? L'article 3 de la CDE est-il directement invoqué par les tribunaux pour justifier leurs arrêts? Dans l'affirmative, est-il invoqué seul ou en conjonction avec d'autres dispositions juridiques internationales ou nationales? Quel est le poids accordé à la détermination de l'intérêt supérieur dans la prise des décisions finales? Les décisions des tribunaux sont-elles d'une quelconque façon influencées par les observations et rapports émis par le Comité des droits de l'enfant et les autres organes de traités au sujet du principe de l'intérêt supérieur?

Les tribunaux appliquent souvent le principe de l'intérêt supérieur lorsqu'ils statuent sur les affaires impliquant des enfants migrants. Néanmoins, on constate des différences considérables dans l'interprétation et la mise en œuvre judiciaires de l'article 3 de la CDE, non seulement entre les États membres de l'UE mais aussi au sein du même pays. Certaines juridictions nationales rejettent expressément l'applicabilité directe de l'article 3 de la CDE au motif que son contenu n'est pas suffisamment précis ni complet. En revanche, des tribunaux nationaux de France, d'Italie et d'Espagne, par exemple, évoquent fréquemment l'article 3 comme fondement de leurs arrêts.

Dans de nombreux cas, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est invoqué sans référence directe à l'article 3 de la CDE. Ces cas peuvent s'expliquer par le fait que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été intégré dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, ainsi que dans les directives et règlements européens.

En général, lorsque l'article 3 de la CDE est invoqué par des tribunaux nationaux, il est rarement le seul argument avancé pour motiver un arrêt. Au lieu de cela, il est habituellement invoqué dans le contexte d'autres dispositions juridiques internationales et nationales. On constate fréquemment que l'article 3 de la CDE est invoqué en conjonction avec les articles 3 (interdiction de la torture) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la CEDH. Les tribunaux nationaux invoquent d'autres dispositions de la CDE, par exemple ses articles 2 (non-discrimination), 9 (unité familiale), 24 (droit à la santé et droit d'accès aux services médicaux), 26 (sécurité sociale), 27 (niveau de vie suffisant), 28 (droit à l'éducation) et 31 (droit au repos et aux loisirs).

Tous les tribunaux nationaux ne montrent pas la même interprétation du champ d'application de la CDE. L'interprétation optimale est celle qui est développée dans les Observations générales et les Observations finales du Comité des droits de l'enfant. Par ailleurs, les observations de cet organe ne sont habituellement pas mentionnées dans les arrêts pris par les tribunaux nationaux.

Lorsque les tribunaux appliquent le principe de l'intérêt supérieur, comment s'y prennent-ils pour en déterminer le contenu? Quels facteurs les tribunaux prennent-ils en considération au moment de décider de ce qui est l'intérêt supérieur d'un enfant migrant? Quand un tribunal décide, par exemple, de confirmer une décision administrative qui consiste à renvoyer un enfant non accompagné dans son pays d'origine, comment s'assure-t-il que cette décision sert l'intérêt supérieur de l'enfant? Quelle importance les tribunaux attachent-ils aux dispositions plus substantielles de la CDE en déterminant

l'intérêt supérieur de l'enfant? Le principe de l'intérêt supérieur n'est-il qu'une simple garantie procédurale ou sert-il aussi de norme substantielle?

Les tribunaux nationaux appliquent le principe de l'intérêt supérieur à la fois comme une garantie procédurale et une norme substantielle. Il s'agit d'une garantie procédurale lorsque, par exemple, les tribunaux nationaux estiment que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant commande d'accorder à l'enfant le bénéfice du doute dans les procédures d'évaluation de l'âge et de demande d'asile, ou dans les cas où les tribunaux nationaux exigent que l'on reconnaisse à l'enfant le droit d'être entendu et d'avoir la capacité d'agir devant un tribunal. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est appliqué comme une norme substantielle lorsque les tribunaux nationaux étudient ce qui pourrait être une solution durable pour un enfant migrant, par exemple en décidant s'il est préférable de renvoyer l'enfant dans son pays d'origine ou d'autoriser un regroupement familial dans le pays d'accueil.

Lorsque les tribunaux considèrent le principe de l'intérêt supérieur comme une norme substantielle, ils ont tendance à envisager en priorité la possibilité de réunir l'enfant et ses parents, dans le pays d'origine ou le pays de destination, si les parents s'avèrent capables d'exercer leurs devoirs parentaux au bénéfice de l'enfant. Lorsqu'ils étudient les mérites respectifs d'un regroupement familial, de l'accès à de meilleures conditions matérielles pour l'enfant et de l'accès à l'école et aux soins médicaux, lesquels ne sont pas disponibles dans le pays où vivent les parents, les tribunaux nationaux ne suivent pas toujours la même approche. Dans certains cas, les conditions matérielles sont jugées sans importance tant qu'elles ne sont pas extrêmement dures, comme on l'a vu dans des arrêts pris par des tribunaux belges, français et portugais. Dans d'autres cas, les perspectives de travail et d'études offertes par le pays d'accueil priment sur l'intérêt que le regroupement familial représenterait pour l'enfant, comme constaté dans les arrêts rendus par des tribunaux italiens.

Les tribunaux nationaux jugent que le renvoi d'un enfant vers son pays d'origine est illégal si les autorités administratives 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. L'accent est placé sur la recherche de la famille dans le pays d'origine, en particulier si ce pays est en guerre. Les tribunaux maintiennent catégoriquement que 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 prise en considération.

S'appuyant sur la jurisprudence de la CouEDH, les tribunaux nationaux ont tendance à adopter une interprétation étroite de la notion de vie familiale, qui ne peut qu'exceptionnellement être étendue au-delà de la cellule familiale biologique. Toutefois, des arrêts rendus par des tribunaux français, italiens et espagnols montrent une volonté croissante de reconnaître d'autres types de vie familiale, notamment l'autorité parentale basée sur la kafalah de droit islamique et la tutelle exercée par une tante ou un oncle.

En principe, les tribunaux nationaux empêchent l'éloignement ou l'expulsion des parents des enfants migrants qui séjournent dans leurs pays s'ils estiment que cette mesure est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, ils sont aussi très conscients de la nécessité de s'assurer que les enfants migrants ne sont pas utilisés par leurs parents afin d'obtenir un permis de séjour. C'est pourquoi ils exigent une vérification des liens familiaux servant de fondement aux demandes.

Les tribunaux nationaux soulignent la nécessité d'offrir aux enfants migrants non accompagnés ou séparés un logement adapté à leur âge et de veiller à ce que les enfants placés dans des structures d'accueil aient accès à tous les droits énoncés dans la CDE. Dans certains cas, les tribunaux nationaux exigent des autorités administratives qu'elles continuent à offrir le logement et les autres services à ces jeunes jusqu'après leur majorité et le moment où ils sont renvoyés du pays. Ils ont tendance à annuler les décisions administratives qui cherchent, en exigeant la présentation d'un permis de séjour en règle, à limiter les droits des enfants migrants aux soins de santé, à l'éducation ou aux prestations sociales ou à imposer des conditions pour l'exercice de ces droits.

Les tribunaux nationaux ne s'opposent pas, en principe, au placement d'enfants dans des centres d'accueil avec leurs parents en attendant leur éloignement ou expulsion. Toutefois, certains arrêts rendus ont jugé illégal de placer de très jeunes enfants dans des installations d'accueil, même s'ils sont accompagnés de leurs parents, et assimilé un tel placement à un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la CEDH. Les tribunaux nationaux estiment habituellement que les zones d'attente situées aux frontières n'ont pas de statut extraterritorial, qu'elles relèvent de la juridiction du tribunal

concerné et que tout enfant placé dans une telle zone a droit à l'assistance prévue par la législation applicable en matière de bien-être de l'enfant.

Les tribunaux nationaux sont en général conscients du fait qu'évaluer l'âge des enfants non accompagnés ou séparés est une procédure délicate et se soucient de veiller à ce que cette procédure soit conduite de façon objectivement sensée et offre les garanties procédurales nécessaires pour les jeunes dont l'âge est contesté. Les tribunaux nationaux estiment que les évaluations de l'âge ne peuvent reposer uniquement sur l'apparence physique de la personne dont l'âge est contesté et qu'elles devraient s'effectuer au moyen d'une combinaison de méthodes, qui peuvent comprendre l'examen des documents relatifs à l'identité de l'enfant, des entretiens avec l'enfant et des examens médicaux. Conscients de la marge d'erreur attribuée aux examens médicaux, ils ont tendance à considérer les résultats de ces examens comme non concluants.

Les tribunaux nationaux mettent suffisamment en exergue le droit de l'enfant à être entendu au cours des procédures administratives et judiciaires et la nécessité de prendre dûment en considération l'opinion de l'enfant. Certains tribunaux italiens, par exemple, considèrent que le souhait exprimé de l'enfant de rester dans le pays d'accueil doit être dûment évalué au moment de décider de son retour assisté vers son pays d'origine. Certains tribunaux nationaux estiment en outre que, au cours des procédures administratives et judiciaires, l'enfant doit être assisté d'un tuteur, d'un représentant légal et d'un interprète indépendant s'il ne maîtrise pas la langue employée dans ces procédures. Les tribunaux nationaux se soucient beaucoup de l'assistance et des soins offerts aux enfants non accompagnés ou séparés: ils exigent des autorités administratives qu'elles assument la tutelle de l'enfant dès son identification, comme on le constate dans des arrêts rendus par des tribunaux autrichiens et français. Pour certains tribunaux nationaux, l'enfant a le droit d'être traité comme un enfant et toute évaluation de la crédibilité de ses déclarations dans le cadre des procédures administratives et judiciaires doit tenir dûment compte de son âge et de son degré de maturité. Les tribunaux nationaux reconnaissent le droit de l'enfant de contester les décisions administratives, d'interjeter appel auprès du tribunal approprié ou de déposer une demande de révision judiciaire. Ils admettent aussi que l'enfant capable de discernement doit avoir le droit de s'adresser lui-même aux tribunaux, à tout niveau, même contre l'avis des personnes chargées de sa représentation légale ou s'il n'a pas de représentant légal.

Les tribunaux nationaux ont toutefois tendance à montrer des réticences à intervenir; ils n'annulent que très rarement des décisions administratives pour des points de substance. Dans les rares cas où ils annulent des décisions administratives, ils soulignent souvent le fait qu'il incombe au décideur de déterminer au cas par cas ce qui sert l'intérêt supérieur de l'enfant.

Annexe: Liste synthétique des bonnes pratiques

BONNES PRATIQUES EN MATIÈRE D'ÉVALUATION DE L'ÂGE

- Tenir compte de la large marge d'erreur des évaluations et examens médicaux ou dentaires, et considérer par conséquent que les résultats de ces examens sont non concluants ou que l'on peut se fier à l'âge le plus bas indiqué dans cette marge d'erreur.
- Considérer que la fiabilité de la méthode Greulich et Pyle et d'autres méthodes radiologiques d'évaluation de l'âge est extrêmement douteuse et que ces méthodes ne devraient pas être utilisées pour évaluer l'âge.
- Considérer que les examens radiologiques réalisés pour des raisons non médicales constituent une entrave au développement du mineur qui ne peut se justifier que par des motifs très sérieux d'intérêt général ou d'ordre public. Considérer que les mêmes raisons médicales de limiter les examens radiologiques à faire subir aux enfants ressortissants du pays doivent être appliquées à tous les enfants présents sur le territoire du pays.
- Exiger de tout expert consulté qu'il fournisse des renseignements détaillés sur ses qualifications professionnelles, la méthodologie suivie et la marge d'erreur associée à celle-ci.
- Faire respecter le principe d'accorder le bénéfice du doute à l'enfant si les preuves des experts ne sont ni concluantes ni déterminantes en ayant à l'esprit que cette approche répond à l'intérêt supérieur de l'enfant.
- Considérer que les évaluations de l'âge ne peuvent reposer uniquement sur l'apparence physique de la personne dont l'âge est contesté et qu'elles devraient s'effectuer au moyen d'une combinaison de méthodes, qui peuvent comprendre l'examen de tout document d'identité produit par l'enfant, des entretiens avec l'enfant et d'autres personnes, et des examens médicaux.
- Imposer des exigences procédurales strictes si l'évaluation de l'âge a été réalisée par un travailleur social ou un autre fonctionnaire, de manière à ce que l'enfant entende les motifs qui font douter de son âge et reçoive la possibilité de répondre à toute allégation sur la validité de ses documents d'identité ou sur la crédibilité de sa version des circonstances passées.
- Donner à l'enfant la possibilité de faire appel ou de demander une révision judiciaire de toute décision consistant à refuser d'admettre l'âge qu'il a indiqué.
- Établir qu'il incombe aux tribunaux d'évaluer l'âge d'un enfant à la lumière de tous les éléments probants disponibles s'il y a désaccord entre les autorités et l'enfant en question.

BONNES PRATIQUES EN MATIÈRE DE SOLUTIONS DURABLES

- Annuler la décision de renvoyer un enfant dans son pays d'origine sans son tuteur s'il n'a pas de membre de sa famille pour l'aider sur place et si des conditions d'accueil adéquates ne l'y attendent pas.
- Considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant est de retourner vivre auprès de ses parents dans son pays d'origine si ceux-ci peuvent le prendre en charge et faciliter son retour.
- Décider qu'un enfant ne peut être renvoyé dans un pays en guerre, malgré le fait qu'il ait été envoyé dans le pays de destination par sa mère, si celle-ci n'a pas pu être retrouvée et que l'enfant n'a pas été en contact avec elle pendant deux ans.
- Décider qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le renvoyer dans son pays d'origine si sa mère se trouve dans le pays de destination et que son père, qui est resté dans son pays d'origine, ne peut le prendre en charge.
- Considérer qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être renvoyé dans son pays d'origine avec un parent si son autre parent reste dans le pays de destination.
- Reconnaître que l'intérêt supérieur de tout enfant au sein d'une famille doit revêtir une importance particulière si cet enfant a séjourné dans un pays d'accueil pendant plusieurs années, quelles que soient les accusations portées à l'encontre de ses parents.
- Considérer que s'il a été proposé de renvoyer un enfant dans son pays d'origine, il ne sera possible de sauvegarder et de favoriser son bien-être que si l'État prend des mesures pour retrouver sa famille avant de prendre une quelconque décision d'expulsion.
- Considérer que, avant de renvoyer un enfant dans son pays d'origine pour y être placé en institution, il importe de réaliser une évaluation consciencieuse de la qualité des conditions d'accueil et de prise en charge proposées.
- Reconnaître les formes de vie familiale différentes de la cellule familiale aux fins du regroupement familial, notamment l'autorité parentale basée sur la *kafalah* de droit islamique et la tutelle exercée par une tante ou un oncle.
- Protéger l'enfant contre l'expulsion dans les cas où sa situation d'immigration irrégulière est due à l'ignorance ou la négligence de ses parents à l'égard des procédures d'immigration légale.
- Exiger que les décisions administratives de renvoi d'un enfant dans son pays d'origine soient clairement justifiées et montrent que la situation particulière de l'enfant a été dûment prise en considération.
- Considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant consiste à lui permettre d'introduire lui-même une demande de séjour et d'être partie à toute procédure judiciaire si les tuteurs qui lui ont été affectés négligent de le faire.

- Exiger que les organismes publics chargés de donner à l'enfant une tutelle légale agissent avec diligence afin d'obtenir un permis de séjour si l'enfant approche de l'âge de 18 ans, faute de quoi l'enfant devenu adulte aura le statut de migrant en séjour irrégulier et se retrouvera dans une situation extrêmement vulnérable.
- Considérer qu'un parent n'est protégé contre l'expulsion que s'il a maintenu des liens étroits avec un enfant censé rester dans un pays de destination et qu'il a contribué à la subsistance et au développement de cet enfant.

BONNES PRATIQUES EN MATIÈRE D'ACCÈS AUX SERVICES

- Annuler les décisions administratives consistant à refuser aux enfants migrants l'accès aux soins de santé ou aux prestations sociales pour le seul motif qu'un parent ne pouvait présenter un permis de séjour valable, pour autant que les parents ne puissent pas détourner ces prestations à leur profit.
- Annuler une décision consistant à refuser à un enfant l'accès à la crèche au motif que sa mère n'avait pas de permis de séjour en règle.
- Considérer comme illégal le fait d'exclure un enfant en situation d'immigration irrégulière de l'enseignement non obligatoire.
- Reconnaître aux enfants le droit de bénéficier des prestations d'aide avec effet rétroactif remontant jusqu'au moment du dépôt de la demande d'asile ou de permis de séjour.
- Considérer qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être logé sans autres enfants dans un centre d'accueil pour adultes.
- Considérer qu'un enfant migrant logé dans un environnement résidentiel conçu pour des enfants non accompagnés demandeurs d'asile devrait disposer de temps libre en suffisance, conformément à l'article 31 de la CDE.
- Considérer que les enfants migrants non accompagnés qui ont atteint l'âge de 18 ans ont droit aux mêmes services d'aide aux jeunes sortant de placement que tout autre enfant présent dans le même pays d'accueil.
- Considérer que les zones d'attente situées aux frontières n'ont pas de statut extraterritorial, qu'elles relèvent de la juridiction d'un tribunal approprié et que tout enfant placé dans une telle zone a droit à l'assistance prévue par la législation applicable en matière de bien-être de l'enfant.
- Considérer comme illégal de placer de très jeunes enfants dans des installations d'accueil, même s'ils sont accompagnés de leurs parents, et assimiler un tel placement à un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la CEDH.

BONNES PRATIQUES EN MATIÈRE DE GARANTIES PROCÉDURALES

- Considérer qu'il faut affecter un tuteur à l'enfant dès que celui-ci a été identifié comme enfant non accompagné ou séparé.
- Considérer que l'enfant doit être assisté d'un représentant légal et, si besoin est, d'un interprète indépendant à tous les stades de la procédure d'examen de la demande d'asile.
- Considérer que l'enfant doit avoir la possibilité de présenter sa version des faits à un décideur et que ce dernier ne peut pas se contenter de lire les déclarations faites par l'enfant à son tuteur.
- Considérer qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être entendu au cours de la procédure judiciaire s'il a demandé par écrit à y apparaître en personne.
- Si l'enfant est capable de discernement mais n'a pas la capacité juridique pour ce faire, lui permettre de donner des instructions à son représentant légal lorsque celui qui l'héberge refuse d'agir en tant que son «ami en justice».
- Considérer que le souhait exprès de l'enfant de rester dans le pays d'accueil doit être dûment évalué au moment de décider de son retour assisté vers son pays d'origine.
- Considérer que, lorsque la demande d'asile d'un enfant est examinée par un organisme administratif ou en appel, le bénéfice du doute devrait lui être accordé au moment d'évaluer la crédibilité des déclarations sur lesquelles l'enfant fonde sa demande d'asile.
- Considérer que la procédure d'examen de la demande d'asile doit être invalidée si l'enfant n'a pas eu accès à des procédures adaptées à sa situation en tant qu'enfant.
- Considérer que l'enfant doit avoir le droit d'interjeter appel s'il a été proposé de le renvoyer dans son pays d'origine dans le cadre d'un programme de retours assistés.

Références des affaires citées

Autriche

Arrêt n° 7 Ob 209/05v de la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*) du 19.10.2005.

Arrêt n° 2005/20/0267 de la Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) du 21.12.2006

Arrêt n° 2005/01/0463 de la Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) du 16.04.2007

Arrêt n° S 400.131-1/2008/2E de la Cour pour l'asile (*Asylgerichtshof*) du 14.07.2008

Belgique

Arrêt du Tribunal de Première instance de Bruxelles, Chambre du Conseil, du 16.10.2002

Arrêt n° 189/2004 de la Cour d'arbitrage du 24.11.2004

Arrêt n° 8320 du Conseil du contentieux des étrangers du 29.02.2008

Arrêt n° 53321 du Conseil du contentieux des étrangers du 17.12.2010

Arrêt n° 58112 du Conseil du contentieux des étrangers du 18.03.2011

France

Arrêt n° 161364 du Conseil d'État, 2^e et 6^e sous-sections réunies, du 22.09.1997

Arrêt du Tribunal pour enfants de Bobigny du 01.09.2001

Arrêt n° 236148 du Conseil d'État, 5^e sous-section, du 02.06.2003

Arrêt n° 249369 du Conseil d'État, statuant au contentieux, du 24.03.2004

Arrêt n° 02-30.157 de la Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 16.04.2004

Arrêt n° 04/97 de la Cour d'Appel de Lyon, Chambre spéciale des mineurs, du 26.04.2004

Arrêt n° 104/0462 du Tribunal pour enfants de Bobigny du 22.08.2004

Arrêt n° 02-20613 de la Cour de Cassation, 1^{re} Chambre civile Assemblée plénière, du 18.05.2005

Arrêt n° 04-30.837 de la Cour de Cassation, 2^e Chambre civile, du 14.09.2006

Arrêt n° 05-12.666 de la Cour de Cassation, 2^e Chambre civile, du 06.12.2006

Arrêt n° 06NT02028 de la Cour administrative d'appel de Nantes du 29.12.2006

Arrêt n° 06-17238 de la Cour de Cassation, 1^{re} Chambre civile, du 22.05.2007

Arrêt n° 2006/22156 de la Cour d'appel de Paris, 24^e Chambre, Section B, du 01.06.2007

Arrêt n° 07LY02516 de la Cour administrative d'appel de Lyon du 08.07.2008

Arrêt n°271/2008 de la Cour d'appel de Rennes du 29.09.2008

Arrêt n° 07-11.328 de la Cour de Cassation, 2^e Chambre civile, du 23.10.2008

Arrêt n° 0900239 du Tribunal administratif de Rennes du 29.01.2009

APPLICATION JUDICIAIRE DE L'ARTICLE 3 DE LA CDE EN EUROPE

Arrêt n° 08-14.125 de la Cour de Cassation, 1^{re} Chambre civile, du 25.03.2009

Arrêt n° 305031 du Conseil d'État, 10^e et 9^e sous-sections réunies, du 09.12.2009

Arrêt n° 2010-614 DC du Conseil constitutionnel du 04.11.2010

Arrêts n° 09-71.352 et 09-69.052, de la Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 03.07.2011

Irlande

Moke contre le Commissaire aux demandes d'asile [2005] IEHC 317

Odunbaku (un mineur) contre le Commissaire aux demandes d'asile et autres [2006] IEHC 28

Naruba Djimbonge [une mineure] contre la Cour d'appel pour réfugiés, le ministre de la Justice et le HSE, affaire non publiée, Haute Cour, 16 octobre 2006, n° 1293 JR

O. [un mineur] et autres contre le MJELR et autres [2010] IEHC 297

Italie

Arrêt n° 284/02 du Tribunal administratif régional (*Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino-Alto Adige*) du 22.08.2002

Arrêt n° 354/02 du Tribunal administratif régional (*Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino-Alto Adige*) du 07.10.2002

Arrêt n° 2380/08 du Tribunal de première instance (*Tribunale di Milano, sezione I civile*) du 11.02.2008

Arrêt n° 7472 de la Cour de cassation (*Corte de Cassazione, Sezione Prima Civile*) du 20.03.2008

Arrêt n° 1349 de la Cour suprême de cassation (*Corte Suprema di Cassazione*) du 26.05.2008

Arrêt n° 32718/10 du Tribunal administratif (*Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio*) du 07.10.2010

Arrêt n° 21799 de la Cour de cassation (*Corte de Cassazione, Sezione Unite*) du 25.10.2010

Arrêt n° 27/2010 du Tribunal du travail (*Tribunale di Montepulciano, Giudice del Lavoro*) du 17.02.2011

Portugal

Arrêt n° 864/08-2 de la Cour d'appel (*Tribunal da Relação de Guimarães*) du 24.04.2008

Arrêt n° 66/06.0PJAMD-A.S1 de la Cour suprême (*Supremo Tribunal de Justiça*) du 17.02.2011

Espagne

Arrêt n° 236/2007 du Tribunal constitutionnel (*Tribunal Constitucional*) du 07.11.2007

Arrêt n° 183/2008 du Tribunal constitutionnel (*Tribunal Constitucional*) du 22.12.2008

Arrêt n° 291 du Tribunal supérieur de justice (*Tribunal Superior de Justicia de Madrid*) du 10.03.2009

Arrêt n° 202/2010 du Tribunal de première instance (*Juzgado de Primera Instancia 28, Madrid*) du 04.05.2010

Arrêt n° 603/2010 du Tribunal administratif (*Juzgado Contencioso Administrativo 12, Madrid*) du 14.09.2010

Arrêt n° 765/2009 de la Haute Cour (*Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo*) du 15.09.2010

APPLICATION JUDICIAIRE DE L'ARTICLE 3 DE LA CDE EN EUROPE

Arrêt n° 800/2010 du Tribunal supérieur de justice (*Tribunal Superior de Justicia de Madrid*) du 24.09.2010

Arrêt n° 645/2010 du Tribunal administratif (*Juzgado Contencioso Administrativo, Madrid*) du 29.09.2010

Arrêt n° 406/2010 du Tribunal de première instance (*Juzgado de Primera Instancia 16, Barcelone*) du 18.03.2011

Arrêt n° 107/2011 du Tribunal de première instance (*Juzgado de Primera Instancia 19, Barcelone*) du 02.05.2011

Arrêt n° 141/2011 du Tribunal de première instance (*Juzgado de Primera Instancia 51, Barcelone*) du 13.05.2011

Pays-Bas

Arrêt n° 03/284 de la Cour de La Haye (*Voorzieningenrechter Rechtbank's-Gravenhague*) du 23.04.2003

Royaume-Uni

R. (à la demande de B.) contre les Maire et Députés de l'arrondissement londonien de Merton [2003] EWHC 1689 (Admin)

R. (à la demande de Behre) contre arrondissement londonien de Hillingdon [2003] EWHC 2075 (Admin)

R. (à la demande de Blerim Mlloja) contre Secretary of State for the Home Department [2005] EWHC 2833 (Admin)

T. contre Secretary of State for the Home Department, Commission spéciale des appels en matière d'immigration, appel n° SC/31/2005

A.A. (Afghanistan) contre Secretary of State for the Home Department [2007] EWCA Civ 12

R. (à la demande de (1) H (2) Barhanu (3) B) contre (1) Conseil de l'arrondissement londonien de Wandsworth (2) Conseil de l'arrondissement londonien de Hackney (3) Conseil de l'arrondissement londonien d'Islington et Secretary of State for Education and Skills [2007] EWHC 1082 (Admin)

C.L. (Vietnam) contre Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA Civ 1551

R. (à la demande d'A.) (F.C.) contre arrondissement londonien de Croydon et une autre action; R. (à la demande de M.) (F.C.) contre arrondissement londonien de Lambeth et une autre action [2009] UKSC 8

R. (A.) contre arrondissement londonien de Croydon; R. (W.K.) contre Conseil du Comté de Kent [2009] EWHC 939 (Admin)

La Reine, à la demande de F., contre arrondissement londonien de Lewisham et autres [2009] EWHC 3542 (Admin)

R. (à la demande de S.O.) contre arrondissement londonien de Barking and Dagenham, Secretary of State for the Home Department et Children's Society [2010] EWCA Civ 1101

R. (à la demande de Justice médicale) contre Secretary of State for the Home Department [2010] EWHC 1925 (Admin)

Z.H. (Tanzanie) contre Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 4

R. (F.Z.) contre arrondissement londonien de Croydon [2011] EWCA Civ 59

D.S. (Afghanistan) contre Secretary of State for the Home Department [2011] EWCA Civ 305

Cour de justice de l'Union européenne

Arrêt n° C-413/99, Baumbast et R. contre Secretary of State for the Home Department, du 17.09.2002

Arrêt n° C-200/02, Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department, du 19.10.2004

Arrêt n° C-540/03, Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne, du 27.06.2006

Arrêt n° C-244/06, Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides Media AG, du 14.02.2008

Arrêt n° C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi, du 08.03.2011

Cour européenne des droits de l'homme

Boultif contre Suisse, requête n° 54273/00, arrêt du 02.08.2001

Rodrigues da Silva et Hoogkamer contre Pays-Bas, requête n° 50435/99, arrêt du 31.01.2006

Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga contre Belgique, requête n° 13178/03, arrêt du 12.10.2006

Üner contre Pays-Bas, requête n° 4641/99, arrêt du 18.10.2006

Maslov contre Autriche, requête n° 1638/03, arrêt du 23.06.2008

Neulinger et Shuruk contre Suisse, requête n° 41615/07, arrêt du 06.07.2010

Osman contre Danemark, requête n° 38058/09, arrêt du 14.06.2011

Nunez contre Norvège, requête n° 55597/09, arrêt du 28.06.2011