



**Commission consultative
des Droits de l'Homme
du Grand-Duché de Luxembourg**

Avis

sur

le projet de règlement grand-ducal relatif à la composition et au fonctionnement de la commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés prévue à l'article 103 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration

Avis 01/2020

Remarques préliminaires

En juin 2018, la Commission consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après la CCDH) a publié son avis¹ sur le projet de loi 7238 portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration, qui prévoyait, entre autres, la création d'une commission consultative chargée de l'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non-accompagnés dans le cadre d'une décision de retour (ci-après « commission consultative »).

Ce projet de loi a été adopté récemment² et a inséré à l'article 103 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration une nouvelle phrase libellée comme suit : « *L'intérêt supérieur de l'enfant est évalué individuellement par une commission consultative dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par règlement grand-ducal* ».

Dans ce contexte, il est important de souligner que cette commission consultative existe et fonctionne en effet déjà depuis 2018 et ceci sans aucune base légale et sans que sa composition et son fonctionnement aient été définis.³ Ainsi, le Ministre des Affaires étrangères et européennes a confirmé qu'entre le moment de sa création et octobre 2019, cette commission avait déjà adopté 23 avis d'évaluation.⁴

La CCDH salue dès lors la régularisation de cette commission par l'adoption du projet de loi 7238 et l'approbation par le Conseil de gouvernement du *projet de règlement grand-ducal relatif à la composition et au fonctionnement de la commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés prévue à l'article 103 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration*⁵, qui en date du 20 décembre 2019 a été soumis à la CCDH pour avis par le Ministère des Affaires étrangères et européennes.

Dans ce contexte, la CCDH tient néanmoins à réitérer avec véhémence une de ses critiques récurrentes en ce qui concerne la publication, voire la mise à disposition des (avant) projets de règlements grand-ducaux. La principale mission de la CCDH, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi du 21 novembre 2008 portant création d'une Commission consultative des Droits de l'Homme au Grand-Duché de Luxembourg, consiste à adresser au gouvernement des avis, des études, des prises de position et des recommandations sur toutes les questions de portée générale qui concernent les droits humains au Grand-Duché de Luxembourg. À ce titre, la CCDH peut être saisie par le gouvernement, mais elle peut aussi décider de s'autosaisir. La CCDH est en droit de

¹<https://ccdh.public.lu/dam-assets/fr/avis/2018/le-projet-de-loi-7238-portant-modification-de-la-loi-modifiee-du-29-aout-2008-sur-la-libre-circulation-des-personnes-et-de-l-immigration.pdf>

² Vote en séance publique du 10 octobre 2019

³ Voir aussi le rapport annuel du Ministère des Affaires étrangères et européennes, p. 96, <https://gouvernement.lu/dam-assets/fr/publications/rapport-activite/minist-affaires-etrangeres-europeennes/2018-rapport-affaires-etrangeres/Rapport-annuel-MAEE-2018.pdf>.

⁴ Voir prise de position du Ministre des Affaires étrangères et européennes lors du débat parlementaire du 10 octobre 2019, <https://www.chd.lu/ArchivePlayer/video/2615/sequence/131818.html>

⁵https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes_actualites/communiqués/2019/11-novembre/22-conseil-gouvernement.html

pouvoir contribuer, à travers ses recommandations, à l'établissement d'un cadre juridique et réglementaire en pleine conformité avec les droits humains. Dans ce contexte, elle regrette qu'elle n'a obtenu le texte du projet de règlement grand-ducal qu'après avoir adressé plusieurs demandes au Ministère concerné. Or, afin de pouvoir remplir sa mission légale, la CCDH doit systématiquement et automatiquement disposer desdits projets. **Elle exhorte donc le gouvernement à publier les projets de règlement grand-ducaux à l'instar des projets de loi, ou sinon du moins à les communiquer systématiquement aux organes consultatifs souhaitant les aviser.**

Dans le présent avis, la CCDH aimerait rappeler et expliquer plus en détail certaines de ses recommandations, déjà exprimées dans son avis 09/2018, relatives à la composition et au fonctionnement de cette commission consultative et soulever d'autres points qui lui semblent particulièrement problématiques en ce qui concerne les droits de l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant.

- **Composition de la commission consultative**

La CCDH constate que la composition de la commission consultative, telle qu'elle existe depuis 2018, c'est-à-dire à l'époque où cette commission se réunissait sans base légale, a été maintenue dans le projet de règlement grand-ducal. Ainsi, la commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés (MNA) sera composée de 4 membres : un représentant de l'Office National de l'Enfance (ONE), un représentant de l'Office national de l'accueil (ancien OLAI), un magistrat des Parquets de Luxembourg ou de Diekirch et un représentant du Ministère des Affaires étrangères et européennes (MAEE).

Comme elle l'a déjà souligné dans son avis sur le projet de loi 7238, la CCDH estime qu'une telle composition de la commission consultative ne répond pas aux exigences de la directive européenne « retour »⁶ qui prévoit à l'article 10 qu'« *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* ».

Pour la CCDH, il est absolument évident qu'afin de garantir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'évaluation de celui-ci devrait être faite par un organe pluridisciplinaire, neutre et indépendant.

Or, on ne peut que difficilement imaginer comment cet organe pourrait être véritablement neutre et indépendant : l'objectif en est de conseiller le Ministre des Affaires étrangères et européennes. Or, le représentant du Ministre n'est pas seulement membre de cet organe, mais il en assume aussi la présidence. Le projet de règlement grand-ducal prévoit en outre qu'en cas d'égalité des voix, celle du président est prépondérante. Dans

⁶ 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.

ce contexte, la CCDH tient à souligner que dans le passé le Conseil d'Etat avait déjà critiqué un tel mode de fonctionnement.⁷

En outre, la CCDH regrette que cette commission soit composée exclusivement de membres qui appartiennent à des services étatiques. De nombreux autres acteurs nationaux et internationaux partagent ce point de vue. Dans ce contexte, elle renvoie au *"Return Handbook"* de la Commission européenne, qui est censé guider les États membres dans l'application de la directive « retour ». Dans son guide, la Commission européenne souligne que l'organisme compétent pour l'évaluation devrait être dissocié de l'organe d'exécution et pourrait être par exemple un organisme non gouvernemental, ou une combinaison des deux, à savoir un organe gouvernemental et un organisme non gouvernemental, prévoyant des services multidisciplinaires.⁸

Dans ce même ordre d'idées, le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) recommande dans sa publication intitulée « *Aller de l'avant* » qu'à l'exception de la décision concernant la demande d'asile, toutes les décisions concernant l'enfant devraient être prises par un organisme de protection de l'enfance et non par celle chargée du droit d'asile, en particulier pour les décisions ayant trait à l'évaluation de l'intérêt supérieur et à la détermination de l'intérêt supérieur.⁹

Dans l'observation générale conjointe no 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales¹⁰, il y est également recommandé que « *Les procédures de détermination de l'intérêt supérieur devraient être guidées par les autorités de protection de l'enfance, dans le cadre des systèmes de protection de l'enfance* » (point 32 j)).

Dans son avis sur le projet de loi 7238, la CCDH avait déjà recommandé d'associer à cet organe collégial également des acteurs non-étatiques qui ont l'expérience et l'expertise nécessaires en matière de droits de l'enfant, comme par exemple des représentants de la société civile ou encore l'Ombuds-Comité pour les droits des enfants (ORK). On pourrait éventuellement s'imaginer qu'un représentant de l'ordre des avocats, spécialisé en matière de droits de l'enfant, en fasse également partie.

Or, le projet de règlement grand-ducal accorde uniquement à l'ORK un rôle d'observateur et un accès aux dossiers a posteriori. Ainsi, est-il prévu que l'ORK sera informé de la

⁷Avis du Conseil d'Etat sur le projet de règlement grand-ducal relatif à la composition et au fonctionnement de la commission consultative prévue à l'article 149 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, 27 octobre 2016

⁸ Annex to the Commission Recommendation establishing a common "Return Handbook" to be used by Member States' competent authorities when carrying out return related tasks, C(2017) 6505, 2017, point 10. Return of unaccompanied minors, p.52

⁹ UNHCR, *The Way Forward to Strengthened Policies and Practices for Unaccompanied and Separated Children in Europe*, 2017, p.46, <https://www.unhcr.org/nl/wp-content/uploads/The-way-forward-to-strengthened-policies-and-practices-for-unaccompanied-and-separated-children-in-Europe.pdf>

¹⁰http://ork.lu/files/Comit%C3%A9DE_ObservationG%C3%A9n%C3%A9raleFR/CRC_GenCom_22_FR_Obs_ConjointeMigrants.pdf

tenue des réunions de la commission en lui faisant parvenir l'ordre du jour (art. 5 (1)) et qu'il sera invité à une réunion annuelle de la commission consultative en vue de la présentation du bilan des travaux réalisés au cours de l'année (art. 5 (3)). L'article 5 (2) prévoit en outre que « *le secrétaire communique les avis rendus par la commission à l'ORK avec la preuve du consentement des mineurs non accompagnés concernés afin que l'ORK puisse consulter les dossiers nominatifs au sein des locaux de la Direction de l'immigration* ».

La CCDH salue cette nouvelle formulation, qui contrairement au texte de l'avant-projet du règlement grand-ducal, est plus respectueuse du rôle d'observateur accordé à l'ORK en prévoyant que l'accord du MNA soit demandé dès le début de la procédure d'évaluation. La CCDH estime néanmoins que les avis pour lesquels le consentement du MNA ferait défaut, devraient être communiqués à l'ORK sous forme anonymisée afin de lui permettre de se faire une image complète de la situation.

La CCDH s'étonne et regrette que les recommandations émises par les différentes instances nationales et internationales de défense des droits de l'enfant et des migrants n'aient pas été retenues par les auteurs du présent texte et que la composition initiale des 4 représentants ait été maintenue. Si la question d'indépendance ne devrait pas se poser pour le représentant des parquets, **la CCDH est d'avis que l'association des acteurs non-étatiques permettrait de garantir un caractère multidisciplinaire et la prise en compte adéquate des différents aspects de l'intérêt supérieur de l'enfant.** Voilà pourquoi, **elle exhorte les auteurs du texte à modifier la composition et le fonctionnement de la commission consultative afin d'assurer une réelle indépendance de celle-ci.**

À défaut d'intégrer des acteurs non-étatiques à cette commission, la CCDH recommande d'y associer au moins un représentant du Centre Psycho-Social et d'Accompagnement Scolaires (CEPAS) afin d'assurer la prise en compte de la scolarité et la santé mentale du jeune.

- **Formation des membres**

La CCDH tient à soulever la question de la formation de tous les membres qui font actuellement part de cette commission consultative. Elle estime qu'il est absolument crucial que les membres d'une commission, qui est supposée évaluer l'intérêt supérieur des MNA, soient formés en matière de santé psychique et physique de l'enfant et des droits de l'enfant. La CCDH recommande de **prévoir pour tous ses membres une formation continue, étendue et obligatoire**¹¹ et insiste sur la responsabilisation à l'intégration de la dimension du genre.

¹¹ Dans ce sens, voir l'article 14 e) de la loi sur l'asile qui prévoit que les entretiens avec les mineurs doivent être menés d'une manière adaptée aux enfants par un agent possédant les connaissances nécessaires sur les besoins particuliers des mineurs.

- **Critères minimums à prendre en compte lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant**

Selon les statistiques du MAEE, 50 MNA ont fait une demande de protection internationale en 2017 alors qu'en 2018 il s'agissait de 36 MNA.

Les MNA sont particulièrement vulnérables et il est essentiel de faire une évaluation individuelle de l'intérêt supérieur du mineur afin de déterminer s'il est effectivement dans son intérêt supérieur soit de retourner dans son pays d'origine, soit d'être transféré dans un pays tiers ou finalement de rester au Luxembourg. Il s'agit d'une décision lourde de conséquences laquelle requiert la prise en compte de nombreux éléments.

La CCDH note que selon le compte rendu de la réunion du 25 juin 2018 de la commission parlementaire des Affaires étrangères et européennes¹², aucun MNA n'a été renvoyé dans son pays d'origine, alors que le Ministre des Affaires étrangères et européennes a confirmé lors du débat parlementaire en date 10 octobre 2019 que dans 11 cas, la commission consultative d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés, qui existe depuis 2018, a décidé que ce n'était pas dans l'intérêt supérieur du MNA de rester au Luxembourg. La CCDH se pose la question de savoir si tous ces MNA ont effectivement dû retourner dans leur pays d'origine et souhaiterait plus de transparence quant aux conséquences concrètes réservées aux évaluations faites par cette commission.

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit dans son article 3.1 que « *dans toutes décisions qui concernent les enfants (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». ¹³ La CCDH reconnaît que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas facile à définir.

Voilà pourquoi, dans son avis 9/2018, la CCDH avait insisté sur l'intégration d'indicateurs précis permettant de déterminer quand un retour serait dans l'intérêt supérieur du MNA, en précisant que ceux-ci constitueraient le guide légal des critères minimums à examiner par l'équipe pluridisciplinaire pour déterminer si l'éloignement du territoire luxembourgeois d'un MNA est nécessairement dans son intérêt. Ces critères devraient être examinés au regard de la situation particulière du MNA, telle qu'elle est non seulement dans le pays vers lequel le MAEE envisage de l'éloigner, mais encore au Luxembourg où il est censé vivre depuis un certain temps.

La CCDH est surprise de constater que le projet de règlement grand-ducal ne prévoit aucun critère à prendre en compte par la commission consultative lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur du mineur non accompagné. Elle souligne qu'il existe des critères d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant qui ont été développés par des organisations

¹²<https://www.chd.lu/wps/portal/public/Accueil/TravailALaChambre/Recherche/RoleDesAffaires?action=doDocpaDetails&backto=/wps/portal/public/Accueil/Actualite&id=7238>

¹³ Voir aussi l'Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1) du Comité des droits de l'enfant, 29 mai 2013

internationales, comme par exemple le Comité international pour les droits de l'enfant¹⁴, l'UNHCR¹⁵ ou encore l'Unicef¹⁶.

Par conséquent, **la CCDH réitère sa recommandation antérieure et invite le gouvernement à s'inspirer de ces sources internationales pour inscrire dans le règlement grand-ducal des critères objectifs pour l'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés. Il importe également pour la CCDH que les vulnérabilités particulières, dont notamment, le sexe, l'identité de genre, l'orientation sexuelle, le handicap ou encore le risque d'être exposé à la traite des êtres humains ou la mutilation génitale féminine soient prises en compte dans toute décision de la commission.** Cette dernière devrait tenir compte de la situation spécifique de chaque MNA dans son pays d'origine lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur du mineur.

- **Représentants du mineur**

La CCDH rappelle qu'il est essentiel de prévoir dans le règlement grand-ducal que le mineur peut se faire accompagner d'une personne de confiance de son choix. Ce rôle pourrait notamment être assuré par le tuteur qui est censé « *prendre soin du mineur et d'assurer son bien-être* »¹⁷. Dans ce contexte, la CCDH souligne que la décision du Conseil de l'Union européenne, qui est à la base de l'adoption aussi bien du projet de loi 7238 que du présent projet de règlement grand-ducal, note clairement que le « *tuteur désigné de l'enfant devrait y être associé* ».¹⁸ Il n'est pourtant pas clair si cette recommandation du Conseil de l'Union européenne a été prise en compte par les auteurs du projet du règlement grand-ducal. Le projet prévoit uniquement que « *toute personne pouvant contribuer à une meilleure compréhension du dossier peut être invitée par la commission, à titre consultatif* ». Voilà pourquoi, **la CCDH recommande de compléter le texte en y prévoyant explicitement que « le mineur peut se faire accompagner d'une personne de confiance de son choix ».**

A titre complémentaire, la CCDH note que dans la mesure où il s'agit de rechercher une meilleure compréhension du dossier, **l'initiative d'inviter toute personne y pouvant contribuer devrait être ouverte à toutes les parties, donc aussi au MNA et à l'administrateur ad hoc.**

Adopté lors de l'assemblée plénière du 16 décembre 2019

¹⁴ Observation générale n°6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, Comité pour le droit des enfants, 2005

¹⁵ UNHCR, Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, mai 2008, <https://www.unhcr.org/fr/publications/operations/4b17de746/principes-directeurs-hcr-relatifs-determination-linteret-superieur-lenfant.html>

¹⁶ Unicef, Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant - Edition totalement révisé, 2002

¹⁷ Article 63 (1) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

¹⁸ Conseil de l'Union européenne, Décision d'exécution du Conseil arrétant une recommandation pour remédier aux manquements constatés dans l'évaluation de 2016 de l'application, par le Luxembourg, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique de retour, 12 décembre 2016, doc. UE 15483/16. V