

Evaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le choix entre rester dans le pays d'accueil ou le rapatriement : une réflexion basée sur la Convention des droits de l'enfant ⁽¹⁾

par Elena Rossi ⁽²⁾

1. - Le principe de «l'intérêt supérieur de l'enfant»

1.1. L'«intérêt supérieur de l'enfant» comme critère général dans le choix entre rester dans le pays d'accueil et le rapatriement

Le choix entre rapatrier un enfant séparé ⁽³⁾ ou le garder dans le pays d'accueil est une question extrêmement complexe et délicate. Cette question nécessite une plus grande réflexion dans le cas d'enfants qui ne sont pas des demandeurs d'asile ou des réfugiés.

Nous faisons référence aux «*enfants séparés*» comme définit par le Programme en faveur des enfants séparés en Europe (PESE), mais nous mettons essentiellement l'accent sur des enfants qui n'ont pas droit à la protection réservée aux réfugiés. Alors que pour les demandeurs d'asile, la décision relative au droit de rester dans le pays d'accueil, est basée sur la Convention des Nations Unies relative au statut de réfugié, qu'en est-il des enfants qui ne font pas de demande d'asile ou dont la demande a été refusée ? De quelle manière les Etats décident-ils si l'enfant doit rester dans le pays

d'accueil ou être rapatrié ? Nous allons tenter de répondre à certaines de ces questions fort complexes en faisant référence à la Convention des droits de l'enfant (CDE) ⁽⁴⁾.

En particulier, nous ferons référence aux articles suivants :

Art. 3 (intérêt supérieur de l'enfant); art. 2 (non-discrimination); art. 6 (survie et développement); art. 12 (l'opinion de l'enfant); art. 5 (orientation exercée par les parents); art. 4 (mise en œuvre des droits reconnus dans la convention); art. 7 (nom et nationalité); art. 9 (séparation des parents); art. 10 (réunification familiale); art. 18 (responsabilité familiale); art. 19 (prévention des abus); art. 20 (protection d'un enfant sans famille); art. 24 (santé et services de santé); art. 27 (niveau de vie); art. 28 (éducation);

art. 31 (loisirs); art. 34 (exploitation sexuelle); art. 35 (vente, traite et enlèvement).

En vertu de la Convention des droits de l'enfant (CDE), le critère général qui doit guider ce choix entre rester dans le pays d'accueil et le rapatriement (comme dans toutes décisions relatives aux enfants) est le principe de «*l'intérêt supérieur de l'enfant*», sur base duquel «*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*» (CDE, art.3).

(1) Traduit de l'Anglais par Catherine Joppart

(2) Save the Children, Italie

(3) Les 'Enfants séparés' sont des enfants de moins de 18 ans se trouvant en dehors de leur pays d'origine, séparés de leurs parents ou de leur répondant autorisé par la loi/par la coutume. Certains enfants sont absolument seuls, d'autres vivent avec des membres de leur famille ou d'autres adultes. De cette manière, certains semblent être «accompagnés» mais les adultes qui les accompagnent ne sont pas toujours aptes ou prêts à prendre l'enfant en charge et à devenir responsables de son bien être. Ce concept reconnaît la souffrance physique, sociale et psychologique des enfants séparés comme le résultat de l'absence de protection et de soins fournis par les parents ou autre répondant autorisé par la loi/par la coutume. Les enfants séparés peuvent être en quête d'asile par crainte de persécution, par manque de protection pour cause de violation des droits de l'homme, en raison d'un conflit armé ou d'une agitation dans leur propre pays. Il se peut aussi qu'ils soient victimes de réseaux de prostitution ou d'une autre forme d'exploitation; il est également possible qu'ils soient arrivés en Europe afin d'échapper à de grandes privations. La plupart d'entre eux ont vécu de terribles événements dans des conditions extrêmes (définition donnée par «Le programme en faveur des enfants séparés en Europe» (<http://www.sce.gla.ac.uk/>))

(4) Ceci n'est bien sûr pas possible dans les pays qui ont adopté des réserves à la CDE en matière de nationalité de l'immigration.

Nécessité de définir exactement le principe d'intérêt supérieur et de savoir comment il doit être évalué

Par conséquent, la décision de garder l'enfant dans le pays d'accueil ou le rapatriement doit être prise sur base de ce qui est considéré, au cas par cas, comme correspondant à l'intérêt supérieur de chaque enfant.

Toutes les autres considérations, comme celle du contrôle de l'immigration clandestine doivent être secondaire en comparaison avec «l'intérêt supérieur de l'enfant».

En ce sens, la résolution du Conseil de l'Union européenne (UE) concernant les mineurs non accompagnés nationaux de pays tiers (juin 1997) n'est pas pleinement compatible avec la CDE, car même si elle inclut des garanties minimales, elle fait état de ce que l'enfant doit être rapatrié quand cela est possible, sans faire référence spécifiquement à l'intérêt supérieur de l'enfant⁽⁵⁾ : «(...) considérant que la présence irrégulière sur le territoire des Etats membres de mineurs non accompagnés qui ne sont pas considérés comme réfugiés doit revêtir un caractère temporaire, les Etats membres s'efforçant de coopérer entre eux et avec les pays tiers de provenance afin de renvoyer le mineur dans son pays d'origine ou dans un pays tiers disposé à l'admettre, sans que sa sécurité soit mise en danger en vue de retrouver, lorsque cela est possible, les personnes qui sont responsables du mineur et de faire en sorte qu'il les rejoigne»; (...) (préambule).

La résolution du Conseil de l'UE doit être observée dans le cadre des normes visant davantage à réguler l'immigration clandestine qu'à protéger les enfants : la «question d'intérêt commun» citée dans le préambule traite de l'adoption comme une mesure appliquée au niveau européen. Celle-ci fait référence premièrement au besoin «de combattre l'immigration non - autorisée et la résidence de nationaux de pays tiers sur le territoire d'Etats membres». En second lieu, et nettement moins souligné, elle traite de la protection d'enfants non accompagnés⁽⁶⁾.

Ayant posé, ainsi, que le critère général doit être le principe de «l'intérêt supérieur de l'enfant», il est nécessaire de définir exactement ce principe et de savoir comment il doit être évalué.

1. 2. Le caractère indéterminé du concept d'«intérêt supérieur de l'enfant» et le besoin de définir certains critères d'évaluation

Le concept «d'intérêt supérieur de l'enfant» est extrêmement large et vague, il n'est pas défini par des critères rigides. Cela nous permet de garder à l'esprit que chaque enfant est particulier : «il est évident que les critères qui déterminent l'«intérêt supérieur de l'enfant» ne peuvent conduire à élaborer des stéréotypes pour toutes les situations. Ils sont étroitement liés à la nature particulière de chaque individu. Ils doivent nécessairement être sujets à modification dans le temps, sur base de requêtes spéciales et suivant une réalité historique et sociologique concrète (par exemple : la situation d'un enfant issu d'une société industrielle, où son autonomie est importante est différente de celle d'un enfant issue d'une société traditionnelle, où les relations primaires prennent plus de place). Sans aucun doute, il faut les évaluer à la lumière de l'âge du sujet (les intérêts d'un garçon de 16 ans sont complètement différents de ceux d'un plus petit); ils doivent être connectés étroitement avec le passé de l'enfant et avec la manière avec laquelle il a réagi face à différentes situations, et aux liens qui ont été créés (...), ils peuvent sans nul doute être liés aux caractéristiques propres à la personnalité de chaque individu, aux aspirations et aux qualités du sujet ainsi qu'aux ressources dont il/elle disposerait»⁽⁷⁾.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, du fait de son usage large et vague, fut largement critiquée. Il est parfois soutenu que l'intérêt supérieur de l'enfant est un concept vague et indéterminé, qui peut ainsi ouvrir la voie, au moment de son interprétation, à de nombreuses théories et positions marquées idéologiquement. De fait, elle devient une «notion magique» (Carbonier); ou autre chose. Le concept d'intérêt supérieur «risque de se transformer en une tautologie vide de sens. Il risque de devenir une simple mise en beauté de l'argument. Il a contribué, à sa manière, à l'immense (et parfois quelque peu dangereux) élargissement de la sphère du pouvoir discrétionnaire des juges à la jeunesse» (Dogliotti). Ce concept est toujours critiqué pour «avoir rempli jusqu'à présent une fonction tampon; une sorte de passe-partout discriminatoire, au nom duquel des décisions contradictoires sont prises tous les jours (...) sur des bases subjectives et discriminatoires» (Dosi)⁽⁸⁾.

D'autres spécialistes répondent à cette critique en défendant la valeur du concept d'intérêt supérieur de l'enfant : «Personne ne peut nier que le concept d'«intérêt supérieur de l'enfant» est vague, et que sa signification n'a jamais été clairement définie une fois pour toutes par le législateur, mais il est le prix nécessaire à payer quand bien même - comme la loi le demande - nous désirons amener la décision des juges à correspondre avec de meilleures conditions de vie, pas pour un enfant de type générique, mais pour des enfants spécifiques pour qui les décisions à adopter doivent l'être en prenant en considération leurs personali-

(5) La résolution se limite à rappeler le principe d'intérêt supérieur de l'enfant comme un principe général élaboré par la CDE, mais elle n'y fait pas explicitement référence dans les parties qui mentionnent spécifiquement le rapatriement.

(6) «Vu le Traité de l'Union européenne, et notamment son article K.1 point 3, points a), b) et c) du traité, les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres et la lutte contre l'immigration et le séjour irrégulier de ressortissants des pays tiers sur le territoire des Etats membres sont des questions d'intérêt commun. Considérant qu'il arrive que des mineurs ressortissants de pays tiers entrent et séjournent sur le territoire des Etats membres sans être accompagnés d'une personne responsable et sans avoir obtenu les autorisations nécessaires à cet effet. Considérant que les Etats membres coopèrent pour lutter contre ce type d'activités. Considérant que les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers se trouvent en général dans une situation de vulnérabilité qui nécessite des garanties et une assistance spéciale. Considérant que la reconnaissance de cette situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les mineurs non accompagnés sur le territoire des Etats membres justifie la définition de principes communs pour régler ces situations.» (Résolution du Conseil de l'Union européenne relative aux mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers, préambules)

(7) A. C. Moro, *Diritti del minore e nozione di interesse*, in *Cittadini in crescita* 2-3/2000.

(8) M. Dogliotti, *Che cosa è l'interesse del minore*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 1992; G. Dosi, *Dall'interesse ai diritti del minore : alcune riflessioni*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 1995.

Quatre principes de base sur lesquels repose l'interprétation des autres droits de la Convention

tés uniques, leurs véritables besoins, leurs différents niveaux de maturité, leurs ressources individuelles, leur expérience et leur propre capacité à développer une relation» (Moro)⁽⁹⁾.

Si, alors, nous acceptons l'idée que l'intérêt supérieur de l'enfant, avec toutes ces lacunes, est l'instrument qui garanti au mieux la mise en œuvre des droits de l'enfant, il nous faut définir certains critères sur lesquels se base l'évaluation de cet intérêt : « Critiquer le concept d'intérêts de l'enfant (...) sans essayer de développer de meilleurs critères, même s'ils ne sont pas contraignants, pour l'interprétation du véritable contenu de ces intérêts dans des cas individuels légaux - est à mon sens une opération culturellement et socialement nuisible. (...) Il est un problème différent et bien réel que d'essayer de réduire les risques d'arbitraire, d'interprétations trompeuses du principe d'intérêt supérieur de l'enfant, donc de dépasser radicalement les dangers qui existent entre l'interprétation et les préjugés idéologiques ou les visions hautement personnelles de la vie qui influencent, à des degrés divers, la détermination que fait le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des cas spécifiques»⁽¹⁰⁾.

Cette nécessité devient encore plus importante si l'on prend en compte non seulement les décisions des magistrats, mais aussi celles des corps administratifs, qui jouent un rôle fondamental dans l'expérience d'un enfant étranger non accompagné, et qui, sur la base de l'article 3 de la Convention des droits de l'enfant sont à même de fonder leurs décisions sur une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Alors que les magistrats (au moins en théorie et généralement) ne sont pas influencés par des courants politiques, les organes administratifs responsables de l'octroi des permis de résidence, de l'assistance aux enfants et dans certains pays, compétents dans le choix entre le rapatriement ou l'installation dans le pays d'accueil sont fortement influencés par leur orientation politique.

De plus, alors que les juges de la jeunesse sont sensibles, du fait de leur formation et de leur fonction, à la logique de l'intérêt supérieur de l'enfant, les corps administratifs, en revanche, tout particulièrement ceux

qui sont dirigés par le ministère de l'Intérieur, répondent inévitablement à une autre logique, en particulier à celle de la lutte contre l'immigration clandestine. Cela conduit à une augmentation considérable des risques « de préjugés idéologiques qui influencent la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des cas spécifiques ».

De ce fait, il est important d'établir des critères interprétatifs pouvant orienter l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. C'est encore bien plus nécessaire dans le cas d'enfants étrangers.

1.3. La Convention des droits de l'enfant : l'approche globale et les principes généraux

Afin d'établir des critères d'interprétation qui guideraient l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, nous devrions nous référer aux principes généraux qui régissent les droits des enfants, comme proposé par la Constitution et la loi de chaque pays, et en particulier par la CDE, qui représente le cadre normatif relatif aux droits des enfants. Essayons dès lors d'analyser, à la lumière de la CDE, quels critères devraient être pris en considération dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le choix entre l'intégration dans le pays d'accueil et le rapatriement.

Dans l'analyse de la CDE, nous suivons les interprétations et les indications fournies par le Comité pour les droits de l'enfant, comité des Nations Unies basé à Genève qui a pour tâche de contrôler la bonne mise en application de la CDE.

Dans le guide relatif à la mise en application de la CDE publié par UNICEF, nous lisons : « Le Groupe de travail qui a préparé le texte de la Convention n'a pas approfondi la définition de l'« intérêt supérieur », et le Comité des droits de l'enfant n'a pas encore proposé de critères qui permettraient de juger ce qu'est cet intérêt de manière générale ou dans des cas particuliers. Il s'est borné à souligner que les valeurs et les

principes généraux de la Convention doivent être appliqués dans le contexte en question ». Le Comité a souligné à maintes reprises que la Convention doit être considérée comme un ensemble. Il a souligné l'interaction qui existe entre ses articles, notamment entre les articles reconnus comme principes généraux (art. 2, 3, 6 et 12). Il s'agit des principes de non-discrimination, de survie et de développement, de respect des opinions de l'enfant. Ceux-ci doivent tous être pris en compte pour déterminer ce qui constitue l'intérêt supérieur d'un enfant dans une situation donnée ou des enfants considérés en tant que groupe. La détermination de l'intérêt supérieur doit se faire en fonction du court et du long terme. Elle doit correspondre à l'esprit de la Convention toute entière et à la place donnée à l'enfant, comme individu possédant des opinions et des sentiments propres, sujet de droits civils et politiques et bénéficiaire de protections spéciales. (...) Le Comité a souligné que les principes doivent être appliqués en même temps que les autres principes généraux dans tous les cas où la Convention ne fixe pas de standards précis⁽¹¹⁾.

Une première indication fondamentale fournie par le Comité des droits de l'enfant relative à l'interprétation de la Convention est que « la Convention est indivisible et que ses articles sont inter-reliés ». L'interprétation des droits de l'enfant est alors basée sur une approche globale. Il n'existe pas de hiérarchie entre les droits qu'elle contient, comme la garantie d'un droit particulier qui devrait prévaloir sur la garantie des autres.

Deuxièmement, le Comité des droits de l'enfant a identifié quatre principes de base ou principes généraux sur lesquels repose l'interprétation des autres droits de la Convention.

Ces principes sont les suivants :

- le droit à la non-discrimination : « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridic-

(9) A.C.Moro, *Diritti del minore e nozione di interesse*, in *Cittadini i crescita* 2-3/200.

(10) A.C. Moro, *Diritti del minore e nozione di interesse*, in *Cittadini i crescita* 2-3/2000.

(11) *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, UNICEF, Genève, 1998, p.40.

Atteindre un équilibre optimal entre les différents droits en question

tion, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation» (art. 2) ⁽¹²⁾;

- le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3);
- le droit à la survie maximale et au développement : «*Les Etats parties assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant*» (art. 6);
- le droit d'expression : «*Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement 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*» (art. 12).

Ces quatre principes sont (en accord avec l'interprétation donnée par le Comité de Genève) étroitement interconnectés. Particulièrement, comme l'indique le Comité, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être interprété «à la lumière des autres principes, les considérant comme des principes de base» par lesquels «l'intérêt supérieur de l'enfant» doit être évalué : «*les principes de non-discrimination, de survie maximale et de développement, du respect des vues de l'enfant doivent tous être pertinents pour déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant dans une situation donnée*».

L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne peut donc être séparée du droit à la survie maximale et au développement, au droit d'expression et au droit à la non-discrimination.

La protection maximum de l'enfant est bien entendu atteinte lorsque tous les droits évoqués dans la CDE sont pleinement garantis. Cependant, dans la pratique, il apparaît souvent que le respect d'un droit spécifique implique le manque de respect d'un autre. Sur la base des deux indications du Comité citées plus haut au sujet de l'interprétation de la Convention, il sera nécessaire :

- d'évaluer dans des situations spécifiques quelle solution correspond au mieux aux intérêts de l'enfant, en essayant d'atteindre un équilibre optimal entre les différents droits en question : considérer qu'un droit particulier (par exemple, le droit à l'unité familiale) est un droit suprême auquel tous les autres droits sont toujours subordonnés n'est pas une application correcte de la Convention;

- de prendre systématiquement en considération les trois autres principes généraux de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant : le droit à la survie maximale et au développement, le droit à la non-discrimination et le droit d'expression.

2. - Certains droits particulièrement pertinents dans le choix entre l'intégration dans le pays d'accueil et le rapatriement.

Ayant posé ces indications initiales et fondamentales, nous pouvons examiner lequel de ces droits posés par la CDE est particulièrement pertinent dans le choix entre l'intégration de l'enfant dans le pays d'accueil et son rapatriement.

Nous pourrions subdiviser ces droits en six groupes :

- le droit à la vie et à la protection contre l'abandon et la violence;
- le droit à l'unité familiale;
- les droits économiques et sociaux, c'est à dire, le droit à un niveau de vie adéquat pour le développement de l'enfant, le droit à la santé, à l'éducation, aux loisirs, etc.;
- le droit à l'expression;
- le droit d'être orienté par l'un des membres de la famille dans l'exercice de ses droits reconnus par la CDE;

- le droit de maintenir son identité culturelle, et implicitement, de vivre dans son pays d'origine.

2.1. Le droit à la vie et à la protection : des situations «à risque» et des situations «sans risque»

La CDE établit que l'enfant a droit :

- à la vie et à la survie maximale (art. 6);
- à la protection dans les cas où l'enfant n'a pas de famille (art. 20 et 22) : «*Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial ou, qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciale de l'Etat*» (art. 20); «*Lorsque ni le père ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder une protection spéciale et un soutien, selon les principes énoncés dans la présente Convention*» (art. 22);
- à la protection contre la violence, l'abus, et la négligence (art. 19); si des parents maltraitent ou négligent un enfant, l'Etat peut décider de séparer l'enfant de ses parents, dans l'intérêt supérieur de ce dernier : «*les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparés de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant (...)*» (art. 9);
- à la protection contre toutes formes d'exploitation économique (art. 32), d'exploitation sexuelle (art. 34), de toute autre forme d'exploitation (art. 36), et de la vente et la traite d'enfant (art. 35);
- à la protection contre la torture et la privation de liberté (art. 37) et d'implication directe dans les conflits armés (art. 38).

(12) «L'article 2 est clair : tous les droits énoncés dans la Convention doivent s'appliquer à tous les enfants vivant sur le territoire de l'Etat, y compris (...) ceux qui sont en situation irrégulière». UNICEF, *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Genève, 1998, p. 26.

Le choix des critères à utiliser n'est pas laissé à la discrétion du pouvoir qui décide entre l'intégration et le rapatriement

En ce qui concerne les enfants séparés, nous faisons une distinction fondamentale entre :

- les situations «à risque», c'est à dire, des situations dans lesquelles si l'enfant est rapatrié, il/elle sera exposé au risque de persécution, impliqué dans des conflits, abandonné ou maltraité et abusé, victime de violation des droits à la vie et à la protection;
- les situations «sans risque», dans lesquelles le rapatriement n'implique pas ces risques.

Dans les situations «à risque», même si la décision ne peut être définie par des critères rigides, vu qu'ils doivent toujours être basés sur une évaluation d'un cas spécifique et d'une approche globale des droits de l'enfant, on peut affirmer qu'en général, le maintien de l'enfant dans le pays d'accueil est plus enclin à correspondre à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Premièrement, examinons des situations dans lesquelles il n'y a pas de membre de la famille ou des autorités dans le pays d'origine qui acceptent de prendre l'enfant à leur charge après le rapatriement. Dans ces cas, en accord avec les articles 20 et 22 de la Convention, l'Etat est obligé d'adopter des mesures pour protéger l'enfant et pour cela il ne peut en général ordonner le rapatriement⁽¹³⁾.

En outre, la Résolution du Conseil de l'Union européenne sur les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers dispose que «1. Si un mineur n'est pas autorisé à prolonger son séjour dans un Etat membre, l'Etat membre concerné ne peut renvoyer le mineur dans son pays d'origine ou dans un pays tiers disposé à l'admettre que s'il est avéré que, dès son arrivée, il y sera accueilli et pris en charge de manière appropriée, en fonction des besoins correspondant à son âge et à son degré d'autonomie, soit par ses parents ou d'autres adultes qui s'occupent de lui, soit par des instances gouvernementales. 2. Tant que le retour dans ces conditions n'est pas possible, les Etats membres devraient en principe faire en sorte que le mineur puisse rester sur le territoire» (résolution du Conseil de l'Union européenne concernant les mineurs non accompagnés issus de pays tiers, art. 5).

Deuxièmement, il existe des situations où le rapatriement exposerait l'enfant à un risque de persécution, l'impliquerait dans un conflit, etc. Les normes qui régulent la prohibition de l'expulsion (le principe de non-refoulement) de la Convention des Nations Unies de 1951, s'appliquent aussi au rapatriement : «Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques» (art. 33 Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés).

Cette limitation est également soulignée par la Résolution du Conseil de l'Union européenne : «Le mineur ne peut en tout cas pas être renvoyé vers un pays tiers si cela est contraire à la convention relative au statut des réfugiés, à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou à la convention relative aux droits de l'enfant, sans préjudice d'éventuelles réserves formulées par les Etats membres lors de sa ratification, ou aux protocoles à ces conventions» (résolution du Conseil de l'Union européenne, 26 juin 1996, art. 5.4).

De même, au cas où la Convention relative au statut des réfugiés ne trouve pas à s'appliquer, l'option du rapatriement doit être évaluée avec grande prudence si l'enfant vient d'un pays touché par un conflit armé, une catastrophe naturelle ou d'autres événements particuliers qui peuvent être dangereux pour lui/elle.

En dernier lieu, il a des situations où des recherches dans le pays d'origine révèlent que les parents se sont rendus coupables d'abus et de maltraitance sur l'enfant, responsables de négligences ou d'avoir vendu l'enfant. Dans ces cas, qui sont traités par l'art. 9 de la CDE, les lois nationales relatives à la limitation ou la perte de l'autorité parentale doivent être appliquées. Par con-

séquent, dans ces situations, le rapatriement en vue d'une réunification de l'enfant avec ses parents qui ont perdu leur autorité sur leur enfant ne peut généralement pas être imposé⁽¹⁴⁾.

Dans des situations «sans risque», en revanche, quand le rapatriement n'implique pas une violation des droits de l'enfant à la survie et à la protection, l'évaluation devient plus compliquée.

Dans ces situations, il n'y pas de normes spécifiques relatives au rapatriement (comme il en existe, au contraire, dans les cas où il n'y a pas de membre de la famille ou lorsque les autorités du pays d'origine sont préparées à accepter la responsabilité de l'enfant), ou des normes qui peuvent être appliquées par analogie (dans le cas d'un risque de persécution).

Quoi qu'il en soit, le choix des critères à utiliser n'est pas laissé à la discrétion du pouvoir qui décide entre l'intégration dans le pays hôte et le rapatriement. Car cette instance aura, dans tous les cas, à appliquer la Convention des droits de l'enfant et doit ainsi y faire référence pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant par rapport aux droits énoncés dans la CDE, adoptant une approche globale et gardant à l'esprit les trois autres principes généraux de non-discrimination, d'expression et de maximisation de la survie et du développement de l'enfant.

2.2. Le droit à l'unité familiale

Le droit que détient l'enfant de vivre avec sa famille d'origine, qui doit l'éduquer lui fournir le nécessaire à sa subsistance, et doit également favoriser son développement est un droit fondamental grâce auquel les principes généraux des droits de l'enfant au développement sont atteints.

«Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ces membres et en particulier des enfants doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la

(13) La légitimité du rapatriement qui n'est pas ordonné dans le but d'une réunification familiale, mais dans le but de confier l'enfant aux autorités de son pays d'origine est discutée ci-dessous (point 2.7).

(14) Que du contraire, le problème arrive lorsque le rapatriement peut être ordonné pour avoir confié l'enfant aux autorités de son pays d'origine : cette question est débattue plus bas (par. 2.7).

communauté; Reconnaisant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension, (...)

«L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux» (art. 7);

«Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale» (art. 8);

«Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant» (art. 9);

«Conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence» (art. 10);

«Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ces représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant» (art. 18);

«A cette fin, les Etats parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations

Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les pères et mères ou autres membres de la famille de tout enfant réfugiés en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accordé, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit» (art. 22);

«C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant» (art. 27.2).

Sur la base du principe général de non-discrimination, article 2 de la CDE, le droit de l'enfant à la réunification familiale doit être respecté sans discrimination. En particulier dans le cas d'enfants séparés. Il est clair que les conditions de pauvreté de la famille peuvent devenir un facteur qui affecte la séparation de l'enfant de sa famille, impliquant une discrimination pour ces enfants quant à la réunification familiale. C'est le devoir de l'Etat d'agir pour éliminer cette discrimination et supporter la famille afin qu'elle soit capable d'assurer le développement et l'entretien de l'enfant :

«Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissement et de services chargés de veiller au bien-être des enfants» (art. 18.2).

«Les Etats parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à

mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement» (art. 27.3).

Dans l'interprétation du droit à l'unité familiale, il est nécessaire de garder à l'esprit, comme principe général, l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit d'expression. Vivre avec sa famille est un droit et non un devoir. La mise en œuvre de ce droit doit toujours aller dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il ne peut être séparé de la considération de l'opinion de l'enfant, en accord avec son âge et sa maturité. «Il faut cependant noter que la réunification familiale ne doit pas être utilisée comme une justification afin d'agir contre l'intérêt supérieur de l'enfant. Des enfants pourraient ne pas vouloir être réunis avec leur famille ou bien la famille pourrait refuser la réunification avec l'enfant (par exemple s'ils doivent retourner dans leur pays d'origine). Comme souligné dans l'article 9, la séparation des familles peut être dans l'intérêt supérieur de l'enfant»⁽¹⁵⁾.

«Le moment où ce droit (celui pour l'enfant d'avoir le droit d'être élevé par ses parents, comme formulé dans l'article 7 de la Convention) devient plus problématique est peut-être quand les enfants même décident de ne pas être pris en charge par leurs parents, bien que les parents et les Etats n'appuient pas cette thèse. Parmi les nombreux enfants sans domicile fixe autour du globe, certains tombent dans cette catégorie. Les Etats ont besoin de procédures flexibles en faveur des enfants, y compris les enfants sans domicile fixe. Tout retour automatique d'enfant de ce type sans rechercher les raisons pour lesquelles ils ont fui, sans alternative et sans protection, par exemple, est une pratique en conflit avec les normes et les principes de la Convention»⁽¹⁶⁾.

«Le droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents contre leur gré (...). Les mots «contre leur gré» fait référence aux souhaits des parents ou à ceux des parents et de l'enfant ensemble»⁽¹⁷⁾.

(15) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p.287.

(16) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p.107.

(17) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p.121.

Mise en œuvre des «droits sociaux et économiques» dépendante du contexte économique et social

2.3. Les droits économiques et sociaux

Si le droit de l'enfant de maximiser sa survie et son développement doit être garanti, une série d'autres droits, inclus dans la CDE doivent être également garantis ⁽¹⁸⁾.

Le droit à un standard de vie adéquat : «Les Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit à un niveau de vie suffisant pour lui permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social» (art. 27).

Le droit aux soins de santé : «Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforceront de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services» (art. 24).

Le droit à l'éducation : «Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances : a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous; b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin (...)» (art. 28).

Le droit à la sécurité sociale : «Les États parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales (...)» (art. 26).

Le droit aux loisirs : «Les États parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge (...)» (art. 31).

Le droit à la protection contre toute exploitation économique : «Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation

ou de nuire à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social» (art. 32) ⁽¹⁹⁾.

Dans le manuel d'application de la CDE nous lisons : «Le Comité des droits de l'enfant a souligné qu'il voyait le développement de l'enfant comme un concept global, englobant toute la Convention. Dans les Directives des rapports périodiques, il demande aux Etats de décrire les mesures prises pour «créer un environnement permettant au maximum la survie et le développement de l'enfant, en ce compris son développement physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social [...]». Plusieurs des obligations de la Convention comprenant en particulier celles relatives à la santé, un niveau de vie adéquat, l'éducation, les loisirs et le jeu (articles 24, 27, 28, 29 et 31) sont pertinentes pour assurer le développement maximum de l'enfant» ⁽²⁰⁾. «L'article 27 reconnaît qu'un tel développement ne peut être séparé des conditions de vie d'un enfant. En faisant une liste des différentes composantes d'un développement complet – physique, mental, spirituel, moral et social – l'article 27 souligne qu'un niveau de vie adéquat ne se résume pas à l'obtention minimum de nourriture, vêtements, et d'un toit, tout en prenant en compte l'importance de ces composantes» ⁽²¹⁾.

La mise en œuvre de ces droits – qui peuvent être définis comme des «droits sociaux et économiques» – est largement dépendante du contexte économique et social dans lequel se trouve l'enfant : «[La CDE] a également reconnu une série de droits sociaux, c'est à dire, les droits à l'éducation, au travail, à la santé, à la sécurité sociale, aux loisirs, à la protection contre toute forme d'exploitation [...]. Les droits sociaux sont ces droits auxquels on fait appel lors de leur vio-

lation par un sujet spécifique, mais également et par-dessus tout, en tenant compte d'une communauté organisée en Etat avec ses différentes composantes territoriales.

Ces droits sont connectés avec les besoins fondamentaux de la personne, qui pourraient ne pas être respectés, non pas du fait de leur non-respect par un sujet particulier, mais parce que des situations particulières peuvent rendre difficile leur pleine jouissance. Alors que les droits des libertés civiles classiques sont encrés dans le concept de «liberté naturelle», les droits sociaux trouvent leur justification théorique dans le concept différent de «libération» de certaines formes de privations. Ils détiennent dès lors l'ambition de créer une synthèse entre la liberté et l'égalité, assurant des opportunités identiques pour tous et donc l'égalité qui n'est plus formelle mais substantielle» ⁽²²⁾.

Sur la base du principe général de la non-discrimination, des droits sociaux et économiques doivent être garantis pour tous les enfants qui tombent sous la juridiction d'Etat sans aucune discrimination. Cela implique que sous des considérations d'ordre économiques et sociales de l'environnement original, des «standards» ne peuvent être adoptés. En d'autres mots, il ne peut être considéré comme «normal» qu'un mineur issu d'une région montagneuse d'Albanie ou du Maroc ait un moins bon standard de vie, des opportunités limitées d'aide médicale, d'éducation, etc.

Ceci ne veut pas dire que le pays d'accueil doit garantir, sur les bases de la CDE à «tous les enfants issus de pays tiers» un standard de vie égal à celui de ces propres citoyens, vu que cette obligation existe seulement pour les enfants qui tombent sous la juridiction de l'Etat et de fait s'impose aux enfants qui vivent sur son territoire.

(18) Les articles auxquels il est fait référence ici sont uniquement les plus pertinents relatif à la question du choix de rester dans le pays d'accueil ou le rapatriement. Il est évident que cette liste n'inclut pas tous les droits qui doivent être satisfaits pour garantir pleinement le droit à la survie et au développement.

(19) Le droit d'être protégé de l'exploitation économique est inclus dans les droits économiques et sociaux aussi bien que dans le droit à la protection, privilégiant ici une considération du contexte de pauvreté qui permet souvent que se développe l'exploitation du travail des enfants, comparé avec la considération de la responsabilité de ceux qui les exploitent (dans la citation suivante de Moro, nous trouvons la même interprétation).

(20) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p. 94.

(21) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p. 355-6.

(22) A. C. Moro, Diritti del minore e nozione di interesse, in Cittadini in crescita 2-3/2000.

Contradictions liées aux conditions de pauvreté de la famille et aux origines de l'enfant

2.4. La contradiction entre le droit à l'unité familiale et les droits économiques et sociaux

Dans le cas des enfants séparés arrivés d'environnements difficiles, il existe une claire contradiction entre le droit à l'unité familiale et les droits économiques et sociaux (le droit à un niveau de vie adéquat pour le développement de l'enfant, les droits à la santé, à l'éducation, à la sécurité sociale, aux loisirs, à la protection contre toute exploitation économique, etc.).

Dans ces cas, à cause du fossé qui existe entre la pauvreté qui règne dans le pays d'origine et le niveau de vie du pays européen d'accueil, les droits économiques et sociaux seront généralement plus respectés si le mineur reste dans le pays d'accueil, au lieu d'être rapatrié. Mais cela implique une séparation permanente de l'enfant avec sa famille et implique donc une violation des droits de l'enfant à l'unité familiale. A moins que la famille, en retour, émigre dans le pays d'accueil, la réunion familiale peut être faite soit dans le pays d'origine ou dans le pays d'accueil, et nous voulons rappeler que l'article 10 de la Convention stipule que : «*toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence (...)*».

Si, cependant, la famille reste dans le pays d'origine, il existe une contradiction claire entre différents droits posés par la CDE : si le mineur reste dans le pays d'accueil, ses droits économiques et sociaux seront mieux garantis, mais son droit à l'unité familiale sera violé. Si le mineur est rapatrié, en revanche, ce droit sera respecté, mais ses droits économiques et sociaux le seront beaucoup moins.

Cette contradiction issue de l'inégalité entre pays riches et pauvres ne peut être résolue de manière simple par une attribution régulière du droit à l'unité familiale ou aux droits économiques et sociaux. Il doit être approché dans toute sa complexité. Toujours maintenu dans une approche globale de la considération du droit des enfants et en prenant en compte les trois prin-

cipes de non-discrimination, d'expression, de survie et de développement maximum. Afin d'évaluer les intérêts de l'enfant dans le choix entre rester dans le pays d'accueil ou être rapatrié, il sera nécessaire de prendre en considération non seulement son droit à la réunification familiale mais également les opportunités qui s'offrent à l'enfant d'exercer ses droits économiques et sociaux. Par conséquent, il sera nécessaire de considérer les opportunités de soins de santé, d'éducation, de formation, de travail, de sécurité sociale, etc. qui sont disponibles dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil.

Vice versa, rester dans le pays d'accueil ne peut être considéré comme dans l'intérêt supérieur de l'enfant (sur base de la considération que les opportunités de bien-être, assistance médicale, éducation, etc. sont plus importantes que dans le pays d'origine) mais les droits de l'enfant à l'unité familiale doit également être pris en considération.

Cette évaluation doit être faite au cas par cas (sur base de l'âge et de la maturité de l'enfant, sur la volonté de l'enfant, la volonté de la famille, les conditions économiques et sociales du pays d'origine, les possibilités d'intégration dans le pays d'accueil, etc.). Serait-il mieux pour l'enfant d'être réuni avec sa famille et vivre dans un pays pauvre, entouré par l'affection de sa famille, ou de vivre séparément de ses parents mais dans un contexte qui offre plus d'opportunités de bien-être, une meilleure santé, une éducation, un travail, etc. ?

Bien entendu, l'âge et la maturité de l'enfant sont des facteurs cruciaux à prendre en considération lorsqu'on donne à l'enfant respectivement le droit à l'unité familiale et ses droits économiques et sociaux. Au vu du niveau de maturité de l'enfant, il sera aussi nécessaire de rappeler les différents modèles socioculturels de transition vers l'âge adulte et les différentes conceptions de l'adolescence, l'importance de vivre avec sa propre famille en comparaison par exemple, avec l'opportunité de travailler. Ces conceptions sont très différentes pour un enfant qui vient d'un pays où les garçons commencent à travailler à l'âge de 12 ans et pour qui à l'âge de 14 ans on

se sent déjà adulte, avec des responsabilités, contribuant aux revenus de la famille. En comparaison avec un enfant qui vit dans un pays où les garçons vivent à la maison avec leurs parents aidés par ces derniers jusqu'à l'âge de 30 ans.

Le besoin de considérer le sens de l'autonomie d'un enfant est également souligné dans le manuel d'application de la CDE de l'UNICEF : «*Actuellement, la plupart des projets qui offrent une aide aux «enfants des rues» suivent une approche plus prudente. Ils prennent en considération les besoins de l'enfant de maintenir des liens avec les membres de sa famille et de sa communauté et son besoin propre d'indépendance. De pareils projets mettent en œuvre et appuient de manière plus importante les principes de la CDE, qui confirment l'autonomie de l'enfant comme individu et ses droits civils (tel que cité dans les articles 5, 12-16, 19, 29 et 32) et ceux de la famille de l'enfant (art. 5, 9, 18, 26, 27 et 30)*»⁽²³⁾.

Les facteurs fondamentaux, à la base de la contradiction entre le droit de l'enfant à l'unité familiale et les droits sociaux et économiques sont liés aux conditions de pauvreté de la famille et de manière plus générale aux origines de l'enfant.

En référence aux conditions de pauvreté de la famille, la CDE reconnaît la possibilité que les parents n'aient pas les ressources économiques suffisantes pour garantir un niveau de vie adéquat au développement de l'enfant : «*C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant*» (art. 27, § 2).

Dans le cas où les parents ne possèdent pas les moyens pour subvenir à l'entretien et au développement de l'enfant, l'Etat doit les soutenir grâce à une assistance (CDE, art. 18.2 et art. 27.3).

Ici aussi, cependant, la CDE reconnaît la possibilité que l'Etat puisse ne pas disposer de ressources suffisantes pour respecter cette obligation.

(23) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p. 263.

Droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant

«Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale» (art. 4).

«Les États parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement» (art. 27, § 3).

L'impossibilité pour la famille de garantir le niveau de vie adéquat pour le développement de l'enfant, et l'impossibilité de l'Etat d'origine de l'enfant à prendre des mesures en ce sens ou la nature insuffisante de telle mesure pour soutenir la famille – un problème qui est particulièrement fréquent dans les pays pauvres – détermine les circonstances, dans plusieurs cas, qui poussent l'enfant à quitter sa famille pour chercher un travail et de meilleures conditions de vie dans un autre pays.

Certains Etats disposent de lois – comme en Italie – qui affirment que les conditions de pauvreté des parents ne peuvent être un obstacle à l'exercice par l'enfant de son droit à la vie en compagnie de sa famille et que l'Etat devrait soutenir la famille. Il est intéressant de relever que ces mesures représentent un pas extrêmement important pour aller de l'avant dans le respect des droits des enfants italiens, mais elles risquent d'avoir un effet «boomerang» sur les enfants séparés. La famille italienne «riche» reçoit une aide de l'Etat afin de subvenir aux besoins de l'enfant, qui peut ainsi exercer son droit à vivre avec sa famille, indépendamment des conditions économiques et sociales.

Pour les enfants séparés, en revanche, ces règles sont évoquées pour soutenir l'idée que les conditions économiques ne doivent pas être prises en considération dans le choix entre le rapatriement et l'intégration en Italie. Les conditions de pauvreté ne

peuvent être une raison pour l'enfant de rester en Italie, séparés de ses parents.

Cette position ne prend cependant pas en compte le fait que ces familles vivent dans des pays pauvres et qu'en général, elles n'obtiennent aucune aide financière de la part de leur Etat pour cette raison. Par-dessus tout, elle ignore le fait que c'est la situation générale du pays qui empêchent un niveau de vie satisfaisant et des opportunités de développement.

Ces conditions plus générales ne peuvent être modifiées significativement ou sur une courte période, soit par des mesures possibles de soutien offertes par le Gouvernement italien aux familles ou grâce à des formations professionnelles financées par le gouvernement italien dans le pays d'origine ou à travers des projets de développement des communautés soutenus par la coopération internationale. Il s'agit de procédés qui nécessitent du temps et dépendent de facteurs extrêmement complexes, qui ne sont que marginalement influencés par la coopération internationale.

Cela ne veut pas fondamentalement dire qu'il est dans l'intérêt supérieur de tous les enfants de pays pauvres de rester dans le pays d'accueil. Leurs droits économiques et sociaux devraient être un des critères pris en considération, parmi les autres critères tels que le droit à l'unité familiale, l'opinion de l'enfant, l'opinion des parents, etc.

2.5. Le droit à l'expression

Le droit à l'expression, ou en d'autres termes, le droit de l'enfant 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 (art. 12) est l'un des quatre principes généraux de la CDE. Cet article est particulièrement important pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans le choix entre rester dans le pays d'accueil ou être rapatrié.

«Le Comité des droits de l'enfant se prononça très tôt sur le statut de l'article 12 comme étant un principe général d'importance fondamentale significatif pour tous les aspects de la mise en œuvre de la CDE et pour l'interprétation de

tous les autres articles. [...] Le Comité a constamment souligné que l'enfant doit être considéré comme sujet actif possédant des droits [...]»⁽²⁴⁾.

Comme nous l'avons déjà vu, le Comité des droits de l'enfant a établi une étroite connexion entre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à l'expression. Cette connexion est démontrée par le fait que «quand il a été introduit à l'origine, lors de la première copie de la CDE, la proposition que les enfants aient un droit d'expression lors de procédures judiciaires et administratives étaient liées au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant [...] mais il fût transposé pour prendre une place plus logique auprès du principe de participation global. Ce qui devint l'article 12»⁽²⁵⁾.

C'est seulement si les intérêts supérieurs de l'enfant sont évalués en garantissant le droit à l'expression de l'enfant (ainsi que celui des parents comme nous le verrons dans la prochaine section) qu'il est possible de dépasser une conception paternaliste de cette idée, et de lui permettre de réellement devenir un instrument garant des droits de l'enfant : «afin de parvenir à identifier réellement les intérêts de l'enfant (allant plus loin que les stéréotypes et les tentations bien présentes de l'omnipotence du juge), il est toujours aussi nécessaire que toute la procédure légale n'adopte pas un caractère inquisitorial, mais permette une discussion véritable et complète entre les parties. [...] Il est important d'assurer la participation, pas seulement au niveau formel, de toutes les parties intéressées par le débat procédural, car cela seul permettra à la vérité d'émerger de la discussion, qui pourrait, sinon, ne pas transparaître, et empêcher qu'un jugement moins approximatif et unilatéral se fasse, de manière à ce que l'intérêt supérieur apparaisse dans cette situation. [...] Il faut également remarquer que l'expression «la participation des parties» est utilisée pour ne pas faire référence qu'aux adultes : l'enfant doit aussi être présent dans ce procédé, avec des chances de faire entendre sa voix, et de permettre à ses observations et ses requêtes d'être

(24) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p. 145.

(25) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p. 150.

Préférence de voir leur enfant rester dans le pays d'accueil et exercice correct de leur autorité parentale

prises en considération. Il/elle aura la chance d'être entendu si des mesures suffisantes sont prévues pour exprimer librement sa propre évaluation de la situation et ses attentes; le mineur doit cependant être représenté dans les discussions par un adulte capable de suivre le développement de la procédure, d'intervenir pour relever ce qui correspond réellement à l'intérêt supérieur de l'enfant, et, si nécessaire, capable de contester une affirmation qui, au nom des intérêts de l'enfant, protège en réalité secrètement les intérêts des adultes ou est en défaut de prendre en compte les intérêts fondamentaux du sujet faible»⁽²⁶⁾.

Le droit à l'expression doit être appliqué lors de chaque procédure légale ou administrative, ainsi que celles qui touchent à l'immigration : «le principe de l'article 12(1) et (2) doit être appliqué dans toutes les procédures d'immigration y compris pour les demandeurs d'asile, en relation avec les articles 10 et 22»⁽²⁷⁾.

Dans la procédure qui vise à choisir entre rester dans le pays d'accueil ou être rapatrié, afin de respecter les droits d'expression de l'enfant, il/elle ne doit pas être seulement questionné au sujet de sa préférence entre le rapatriement ou son installation dans le pays d'accueil, mais sa volonté doit également être prise en considération par l'organe de décision (en accord avec l'âge de l'enfant et sa maturité) afin d'évaluer la solution qui correspond au mieux à son intérêt supérieur.

Cela ne veut pas dire que l'accord de l'enfant est toujours nécessaire pour effectuer son rapatriement, étant entendu que le droit à l'expression n'est pas la même chose que le droit à l'autodétermination : «les droits de l'enfant établis dans les deux paragraphes de l'article 12 ne se réduisent pas au droit à l'autodétermination, mais au droit à l'implication dans le processus de décision»⁽²⁸⁾.

Il existe incontestablement des situations où l'instance responsable pour décider entre le maintien dans le pays d'accueil et le rapatriement, conclura qu'un choix particulier est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, même si ce dernier n'est pas d'accord. Par exemple, pour certain enfant impliqué dans des réseaux criminels dans le pays d'accueil, pour lesquels un rapatriement

signifie une séparation de ces réseaux, il sera dans leur intérêt supérieur de retourner dans leur pays d'origine pour être séparés de ces réseaux, il se peut que cette solution soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, même s'il/elle est totalement opposé à un rapatriement.

2.6. Le droit à la guidance des parents et à l'évaluation de l'opinion des parents.

Dans la prise de décision à savoir s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être expatrié ou de rester dans le pays d'accueil, il est important de donner la place qui se doit à l'opinion exprimée sur le sujet par les parents ou par d'autres membres de la famille de l'enfant.

Premièrement, la volonté des parents sera considérée sans aucun doute dans l'évaluation de l'intérêt supérieur du mineur, au vu de ce qu'ils considèrent comme étant le meilleur pour leur enfant, les responsabilités qu'ils lui assignent, ainsi que leurs attentes, qui sont des aspects d'importance cruciale pour l'enfant d'un point de vue psychologique, et pour la formation de son identité.

Deuxièmement, une considération de la volonté des parents correspond à la mise en œuvre concrète de l'article 5 de la CDE, sur les bases duquel «les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention».

Les problèmes apparaissent ici lors de la violation des lois d'immigration. En effet, les parents doivent orienter leur enfant dans l'exercice légitime des droits reconnus par la Convention. Cependant, s'ils encouragent l'enfant à émigrer clandestinement, et

l'incitent ainsi à violer la loi, cette orientation ne peut être considérée comme faisant partie des droits et obligations des parents selon l'article 5.

Laissant de côté cette question, qui ouvrirait un problème extrêmement complexe, ne considérons pas le conseil des parents d'émigrer clandestinement, mais seulement l'opinion qui est en faveur de l'installation de l'enfant dans le pays d'accueil par opposition au rapatriement. C'est une situation qui, suite à la distribution d'un permis de séjour (pour demandeurs d'asile ou pour mineurs), n'est pas une violation de la loi.

Cette distinction, qui peut apparaître comme artificielle, est en revanche fondée sur la réalité dans bien des cas. Beaucoup de garçons décident d'émigrer de manière autonome, et ne sont pas encouragés par leurs parents, qui au contraire, s'opposent initialement à cette idée. Cependant, une fois que l'enfant arrive dans le pays d'accueil, ces mêmes parents affirment presque toujours qu'ils préfèrent que leur enfant reste dans le pays d'accueil.

Une question cruciale doit être abordée, à savoir lorsque les parents expriment leur préférence de voir leur enfant rester dans le pays d'accueil, cela correspond-t-il à un exercice correct de leur autorité parentale, ou bien, au contraire manquent-ils à leur obligation ?

Dans le cas précédent, la volonté des parents doit être prise en considération dans l'évaluation du choix entre rester dans le pays d'accueil ou être rapatrié; dans le dernier cas, en revanche, deux hypothèses sont possibles, soit la décision est prise de ne pas donner de l'importance à la volonté des parents, et l'enfant est rapatrié et l'on contre la préférence des parents. Soit les parents refusent d'accueillir l'enfant dans leur pays d'origine, il faudra en conclure qu'ils ont perdu leur autorité parentale.

Ce problème est particulièrement important. Dans le cas de familles très pauvres, qui vivent dans des conditions qui offrent peu d'opportunité d'éducation, de travail, d'aide, etc. à l'enfant, faut-il considérer

(26) A. C. Moro, *Diritti del minore e nozione di interesse*, in *Cittadini in crescita* 2-3/2000.

(27) *Manuel d'application de la CDE*, UNICEF, Genève, 1998, p. 163.

(28) *Manuel d'application de la CDE*, UNICEF, Genève, 1998, p. 145.

La CDE n'établit pas explicitement le droit d'un enfant à vivre dans son pays d'origine

comme correcte l'attitude de parents qui souhaitent que leur enfant reste dans le pays d'accueil ?

Examinons cette question, une fois de plus, à la lumière de la CDE.

Des parents ont l'obligation de subvenir aux besoins de leurs enfants, de les élever et de les éduquer. De manière générale, s'ils n'agissent pas de la sorte, ils manquent à leurs obligations liées à leur autorité parentale :

«*Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées*» (art. 3.2).
«*Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant*» (art. 18).

«*C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant*» (art. 27.2).

Comme nous l'avons déjà évoqué, cependant, la CDE reconnaît expressément la possibilité que les parents puissent ne pas parvenir à garantir les conditions pour le développement de l'enfant (art. 27.2).

Dans ces cas, l'Etat doit intervenir pour aider la famille. Mais, encore une fois, la CDE reconnaît la possibilité que l'Etat puisse ne pas disposer de ressources suffisantes pour respecter cette obligation (art. 4 et art. 27.3).

Qu'arrive-t-il alors dans le cas où les parents n'ont pas «*les possibilités et les capacités financières*» pour subvenir aux besoins et pour assurer le développement de l'enfant, et que l'Etat dans lequel ils vivent «*en accord avec les conditions nationales et avec (ses) possibilités*» ne peut pas leur fournir l'assistance nécessaire ni les suppor-

ter pour assurer «*un niveau de vie adéquat pour le développement physique, mental, spirituel, moral et social de l'enfant*» ?

Dès lors, en référence à l'article 5 de la CDE, dans le cas de familles très pauvres qui vivent dans des situations qui offrent peu d'opportunité en terme d'éducation, de travail, d'aide, etc., on ne peut exclure (en tenant compte de l'âge et de la maturité de l'enfant, tout comme des conditions de vie de l'enfant dans le contexte d'immigration) que la volonté exprimée par les parents de voir leur enfant rester dans le pays d'accueil soit l'expression correcte de leur autorité parentale, vu qu'ils croient qu'un pays plus riche peut offrir à leur enfant un niveau de vie adéquat et lui permettre de se développer sur le plan physique, mental, moral et social.

2.7. Le droit de maintenir sa propre identité culturelle et, de manière implicite, de vivre dans son pays d'origine.

La CDE n'établit pas explicitement le droit d'un enfant à vivre dans son pays d'origine.

Ce droit ne peut être considéré comme implicitement établi par la CDE que dans ses articles relatifs au droit à la nationalité, à l'identité culturelle et dans ses articles relatifs à l'adoption internationale.

Tout d'abord, la CDE prend en compte le droit de l'enfant de maintenir son identité culturelle, y compris sa nationalité (art. 8) et les conditions pour que les origines ethniques, religieuses, culturelles et linguistiques soient prises en considération afin de prendre des mesures de protection pour les enfants séparés de leur environnement familial (art. 20, al. 3) :

- «*Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant*» (préambule);
- «*Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale*» (art. 8);
- «*3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la*

«*Kafala*» de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique» (art. 20. 3).

Bien entendu, ces droits sont généralement garantis de manière plus large si l'enfant est dans son pays d'origine. Cependant, ce n'est pas une condition nécessaire. Les deux articles cités ci-dessus n'établissent pas que l'enfant doit vivre dans son pays d'origine, mais que l'Etat où vit le mineur doit lui assurer le maintien de son identité nationale, religieuse, culturelle et linguistique.

Deuxièmement, en ce qui concerne les adoptions internationales, la Convention établit que : «*[Les États parties] reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé*» (art. 21).

Les adoptions internationales sont donc vues comme une solution de dernier ressort, lorsque l'adoption ou la garde n'est pas possible dans le pays d'origine. Cela pourrait être perçu comme une reconnaissance implicite du droit de l'enfant à ne pas être déraciné de son pays d'origine, même si les deux situations (l'adoption internationale ou l'immigration) sont différentes à plusieurs égards. En particulier dans le cas d'un enfant qui aurait émigré, car ici la séparation avec le pays d'origine a déjà été opérée et correspond souvent à un projet familial.

Enfin, un article auquel il est souvent fait référence pour soutenir l'idée qu'un enfant doit vivre dans son pays d'origine est l'article 11, sur base duquel «*Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retour illicites d'enfants à l'étranger*». Cet article, cependant, ne fait pas référence à l'immigration clandestine, mais bien à l'enlèvement d'enfants, généralement par l'un des parents. C'est régi par la Convention relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et par la Convention européenne relative à la reconnaissance et la mise en œuvre

Risque de faire prévaloir le contrôle de l'immigration clandestine et non l'intérêt supérieur de l'enfant

de décisions sur la garde des enfants et sur la restauration de la garde des enfants : «L'article [11] concerne tout d'abord l'enlèvement et la détention d'enfants par les parents [...]. Des enfants pourraient être enlevés par l'un des parents, souvent sans permission de retour dans son foyer. Même si une autorité judiciaire a déjà auparavant décidé de la garde et de la résidence de l'enfant, tout comme des droits de visite des parents avec lesquels l'enfant ne devrait plus vivre»⁽²⁹⁾.

Dès lors, le droit de vivre dans son pays d'origine, confirmé implicitement par la Convention, n'est pas considéré comme un critère fondamental dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le choix entre rester dans le pays d'accueil ou le rapatriement. Il sera pris en considération certes, mais pas avec le même poids que les autres critères analysés plus haut.

En particulier, le fait que la Convention ne reconnaît pas le droit pour l'enfant de vivre dans son pays d'origine comme un droit fondamental pose la question de la légitimité du rapatriement si la finalité de celui-ci n'est pas la réunification familiale, mais le retour de l'enfant aux autorités du pays d'origine, ou si l'enfant ne va pas vivre de manière permanente avec sa famille.

La légitimité du rapatriement pour des raisons liées au retour de l'enfant aux autorités du pays d'origine est particulièrement contestable dans les cas où l'enfant est placé dans une famille d'accueil ou une communauté de type familial dans le pays d'accueil, alors que dans le pays d'origine il/elle devrait être placé(e) dans une institution (par exemple, la législation albanaise ne prévoit pas de système de famille d'accueil). L'art. 20 de la CDE est très clair à ce sujet. Il établit que l'Etat en fournissant des mesures de protection à l'enfant séparé de son environnement familial doit privilégier des mesures qui impliquent la création d'un environnement familiale (tel que le placement en famille d'accueil ou l'adoption), n'ayant recours aux institutions de placement qu'en dernier ressort.

La seconde situation, dans laquelle l'enfant ne retourne pas pour vivre de manière permanente avec sa famille se déroule par exemple dans le cas d'enfants albanais. Ceux-ci sont originaires de régions pauvres, isolées et montagneuses. En s'installant dans une grande ville après avoir été rapatrié, dans le but de suivre un enseignement professionnel

prévu par le projet de rapatriement, ces enfants vivent dans des résidences d'étudiants et ne rentrent que rarement à la maison en raison des mauvais moyens de transports. Dans ces cas-ci, il est difficile de soutenir le rapatriement comme moyen de réaliser la réunification familiale.

Dans le cas d'un rapatriement pour des raisons liées au retour de l'enfant aux autorités du pays d'origine, et dans celui où l'enfant ne retourne pas pour vivre avec sa famille de manière permanente, il est prévu que le rapatriement corresponde à l'intérêt supérieur de l'enfant car, dans ce cas, le droit de vivre dans son pays d'origine est garanti. Mais, comme mentionné plus haut, la considération de ce droit doit être un critère qui doit seulement être pesé avec les autres critères, (opportunités offertes dans le pays d'accueil et dans le pays d'origine, l'opinion de l'enfant et l'opinion des parents, etc.) mais il doit également avoir moins de poids que ces derniers, vu qu'il ne s'agit pas d'un droit explicite prévu dans la CDE.

3. - Mise en application des critères relatifs au choix entre rester dans le pays d'accueil et le rapatriement : quelques exemples

3.1. Le cas de l'Italie

3.1.1. Responsabilité : le Comité pour les mineurs étrangers

En Italie, le Comité pour les mineurs étrangers est responsable quant à la décision de savoir si l'enfant doit être rapatrié ou s'il doit rester en Italie. Le Comité est une administration centrale, attachée au ministère du Travail et de la Santé dont la fonc-

tion générale est la défense des droits des enfants étrangers.

Ce système est certainement plus enclin à permettre une décision quant au rapatriement de l'enfant dans son intérêt supérieur. En comparaison avec les pays où une telle décision est prise par la police ou le bureau chargé de l'immigration du ministère de l'Intérieur.

Cependant, en tant qu'administration principalement composée de fonctionnaires ministériels, le Comité pour les mineurs étrangers est largement influencé par les orientations du Gouvernement. De plus, les membres du Comité comptent non seulement des représentants du ministère du travail et de la santé publique, mais aussi du ministère de l'Intérieur, des Affaires étrangères et de la Justice. Ces ministères sont plus favorables à des mesures de contrôle qu'à des mesures dont l'objectif est l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il existe donc un risque considérable que ce qui prévalait dans les décisions du Comité pour les mineurs étrangers ne soit pas le principe d'intérêt supérieur de l'enfant mais plutôt le désir de contrôle de l'immigration clandestine.

3.1.2. Les critères adoptés par le Comité pour les mineurs étrangers

En principe, le Comité décide si l'enfant doit être rapatrié ou s'il doit rester en Italie sur base de ce qu'il considère dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le fait que le critère général soit l'intérêt supérieur de l'enfant et non les critères établis par la Convention des Nations Unies relative au statut de réfugié rend plus probable la prise de décision quant au rapatriement ou à l'installation de l'enfant dans le pays d'accueil dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce système est plus favorable à l'enfant et garantit le respect des droits de l'enfant bien plus que dans les pays où les enfants séparés n'ont pas la possibilité de rester dans le pays d'accueil s'ils ne font pas une demande d'asile.

De plus, le Comité prend la décision sur base du rapport social fait par le pays

(29) Manuel d'application de la CDE, UNICEF, Genève, 1998, p. 139.

Sur 256 enfants, 54 ont accepté une formation professionnelle proposée par le projet de retour

d'origine par l'une des ONG qui ont un accord de travail avec le Comité (Le Service Social International, etc.). L'ONG recherche la famille, arrange un rendez-vous avec les parents et évalue s'il existe des structures d'éducation, des formations professionnelles et du travail dans le pays d'origine.

Alors, si le Comité décide que l'enfant doit être rapatrié, l'ONG doit organiser le projet de retour (formations professionnelles, inscription à école, etc.).

Ce sont des aspects très positifs du système italien, qui permet d'atteindre l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il est rapatrié ou lorsqu'il doit rester dans le pays d'accueil.

Mais les problèmes apparaissent lorsque le Comité utilise des critères plus spécifiques pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'orientation actuelle du Comité est de considérer l'option du retour comme étant d'avantage dans l'intérêt supérieur de l'enfant plutôt que de rester en Italie, afin de garantir le droit de l'enfant de vivre avec sa famille, du moins de vivre dans son pays d'origine. De manière générale, donc, si l'enfant possède de la famille dans son pays d'origine, qui est prête à l'accueillir à son retour, ou s'il existe, dans le pays d'origine des autorités préparées à accepter la garde de l'enfant, le Comité doit alors ordonner un rapatriement, sauf dans les cas où un rapatriement représente de sérieux risques pour l'enfant (ceci est clairement une orientation tendancieuse, vu que le Comité doit toujours effectuer une évaluation au cas par cas).

Selon le Comité, les conditions de pauvreté de la famille et le contexte d'origine ne doivent pas être considérées dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le choix entre le rapatriement ou le fait de rester en Italie, exception faite de très sérieux cas de pauvreté.

De plus, bien que l'enfant et sa famille doivent être consultés au regard de leur opinion sur le rapatriement, il semble que le Comité ne donne pas substantiellement de poids à l'opposition au rapatriement, de la part de l'enfant comme de la part de la famille.

Il n'est pas clair, enfin, si, et jusqu'à quel point, l'intégration du mineur dans la société italienne est prise en considération.

La présente orientation du Comité ne donne aucune évaluation correcte des intérêts de l'enfant, en accord avec les principes posés par la CDE. Premièrement, la décision de considérer le droit à l'unité familiale et le droit de vivre dans son pays d'origine comme droits suprêmes auquel sont substantiellement subordonnés tous les autres droits ne correspond pas aux indications fournies par le Comité sur les droits de l'enfant, sur base duquel l'interprétation des droits de l'enfant doit être une approche globale, «holistique». Il n'y a pas de hiérarchie des droits telle que le respect d'un droit devrait toujours prévaloir sur les autres.

Deuxièmement, l'affirmation selon laquelle les conditions de pauvreté dans le pays d'origine, les opportunités disponibles pour les enfants et les conditions d'intégration dans le pays d'accueil ne devraient pas être prises en considération (sauf cas exceptionnel) va à l'encontre des indications du Comité sur les droits de l'enfant. Pour ce dernier l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit aussi tenir compte, comme principe général, du droit à la survie maximale et au développement de l'enfant, de ce fait aussi des opportunités d'exercer ses droits économiques et sociaux (le droit à une vie d'un niveau adéquat pour le développement de l'enfant, le droit à la santé, l'éducation, etc.). De plus, l'absence de prise en compte de l'opinion de l'enfant relative au rapatriement est une violation sérieuse du droit de l'enfant à la participation, qui est un principe général d'importance fondamentale dans la Convention. Le manque de considération de l'opinion des parents n'est pas compatible avec le droit de l'enfant d'être orienté par sa famille dans l'exercice des droits reconnus par la Convention. Enfin, le droit de vivre dans son pays d'origine, bien qu'implicitement présent dans la Convention n'y est pas explicitement mentionné et ne peut donc pas être considéré de la même manière que les autres droits de la Convention.

3.1.3. Quelques résultats du projet de retour vers l'Albanie

Un rapport ⁽³⁰⁾ fait par le Service social international (SSI) italien analyse un échan-

tilon de 256 enfants albanais rapatriés entre 1998 et 2000. Il s'agit d'un projet de retour coordonné par le SSI.

Le SSI italien travail très bien. Ces rapports sociaux sont faits minutieusement. Il organise des projets de retour de manière professionnelle et fournit un suivi des projets. La raison des fautes partiellement commises lors de ses projets ne doit absolument pas être attribuée au SSI mais aux pauvres conditions de vie, au manque d'opportunité et par-dessus tout au manque d'offre d'emploi en Albanie.

Sur les 256 enfants rapatriés, seulement 54 (21 % de l'échantillon) ont accepté de participer à une formation professionnelle proposée par le projet de retour.

Table. 1 – Enfant ayant participé aux formations professionnelles

	Enf. inscrits	Nbr. tot.d'enf. rapatriés	%
1998	33	139	24 %
1999	12	75	16 %
2000	9	41	22 %
Tot.	54	255	21 %

Source : Service social international Italie

Au début de 2001 seulement 98 des 256 enfants rapatriés étaient encore en Albanie, alors que 155 avait repris la route de l'émigration.

Certains de ces enfants rapatriés entre 1998 et 1999 furent rapatriés deux ou trois fois.

Table. 2 – Enfants restés en Albanie / émigrés à nouveau

	n.	%
En Albanie	98	38,3 %
Émigré à nouveau	155	60,5 %
Chiffres non dispon.	3	1,2 %
Total	256	100 %

Source : Service social international Italie

La plupart des enfants ont émigrés à nouveau vers l'Italie, d'autres on préféré se rendre en Grande-Bretagne ou en Grèce.

(30) Servizio Sociale Internazionale Sezione italiana, Istituto Psicanalitico per le Ricerche Sociali, I minori albanesi non accompagnati – Una ricerca coordinata fra Italia e Albania, Roma, 2001, pp. 35-51. Ce rapport a été financé par le département italien des affaires sociales.

Sur les 256 enfants rapatriés, seuls 6 ont trouvé un travail

Table. 3 – Pays vers lesquels les enfants ont émigrés après leur rapatriement

	chiffres.	%
Italie	106	68 %
GB	19	12 %
Grèce	12	8 %
Etats Unis	2	1 %
Australie	1	1 %
Belgique	1	1 %
Allemagne	1	1 %
Suisse	1	1 %
Chif. non dispo.	12	8 %
Tot.	155	100 %

Source : Service social international Italie

Sur les 54 enfants qui ont participé aux formations professionnelles, 29 (53,7 %) sont toujours en Albanie, alors que 25 (46,3 %) ont de nouveau émigré.

Sur les 29 enfants qui participaient aux formations et qui sont restés en Albanie, seuls 5 ont trouvé du travail.

Seul un des enfants qui n'a pas suivi de formation et qui est resté en Albanie a trouvé un travail.

Ainsi, sur les 256 enfants rapatriés, seuls 6 ont trouvé un travail en Albanie.

3.2. Etude de cas

3.2.1. Le cas de A.

A est un garçon d'origine Albanaise âgé de 16 ans. Il est arrivé d'un village des montagnes de la région de Diber, une des régions les plus pauvres d'Albanie. Sa famille est composée de son père, sa mère et ses cinq frères tous plus jeunes que lui. Ils possèdent un hectare de terre qu'ils cultivent au moyen de techniques traditionnelles et deux vaches. Le père de A travaille sur une petite parcelle de terre et occasionnellement trouve des petits boulots comme maçon, sa mère est une femme au foyer.

A aidait son père dans son travail aux champs et comme assistant-maçon dès l'âge de 12 ans. Il a fréquenté l'école jusqu'à l'âge de 14 ans; puis, ayant terminé ses cours obligatoires, il a arrêté l'école,

car il aurait dû suivre les cours de l'enseignement secondaire dans la ville principale du pays, à deux heures de marche à pied. S'il voulait suivre ces cours, il aurait dû se rendre à Tirana, mais il n'avait pas assez d'argent pour payer les cours et son logement à Tirana. A voudrait travailler pour contribuer à l'équilibre de sa famille, comme il se doit pour un enfant de 15 ans à Diber. Mais dans les environs de Diber, il n'y a pas d'emploi.

Beaucoup de ses amis sont partis en Italie. Certains reviennent durant les vacances d'été et lui ont raconté leurs expériences. Ils sont allés à l'école, ils ont suivi un enseignement technique, ils ont trouvé un emploi et sont parvenus à envoyer de l'argent à leur famille dans leur pays d'origine.

A ne parvenait pas à voir son futur à Diber et décida de partir vers l'Italie. Ses parents approuvèrent sa décision, bien qu'ils furent préoccupés par les risques que comporte ce voyage. Ils vendirent une de leur vache et prirent un prêt pour payer le voyage. A paya 700 Euros pour la traversée et atterri sur la côte italienne.

En Italie, A fut logé dans un centre d'accueil et fut inscrit dans une école. Après quelques mois, il décida de suivre une formation technique comme mécanicien. Il fut ensuite pris par un artisan comme apprenti mécanicien. Il commença par gagner 800 Euros par mois et parvint à envoyer la moitié à ses parents.

Pendant ce temps, le Comité pour les mineurs étrangers demanda au Service social international de démarrer une recherche sur la famille de A en Albanie. Les

employés du SSI contactèrent la famille de A, qui ne présentait aucun problème particulier. Il n'y avait aucun cas d'abus, d'alcoolisme, ou des problèmes avec la justice. De plus, bien qu'il s'agissait d'une famille très pauvre, ils n'étaient pas en train de mourir de faim.

Les parents de A expliquèrent les raisons pour lesquels A quitta l'Albanie pour l'Italie et affirmèrent qu'ils étaient totalement opposés à son retour à Diber car il ne pourrait pas aller à l'école, il n'y avait pas d'emploi. Ils voulaient que A se construise un avenir en Italie. Cependant, ils confirmèrent qu'ils l'accepteraient s'il devait être rapatrié.

Le SSI évalua les possibilités d'un rapatriement assisté, examinant les opportunités d'éducation, de formation et de travail. Mais il n'y a aucune école secondaire dans la région ou centre de formation technique, ou firme qui puisse offrir un travail.

Le Comité pour les mineurs étrangers demanda au service social de la ville d'origine de A de lui expliquer ce que signifie un «rapatriement assisté» et de lui demander s'il préférerait rester en Italie ou rentrer en Albanie. A répondit qu'il était totalement opposé à l'idée de retourner en Albanie; il voulait rester en Italie pour étudier, trouver un travail et aider sa famille. Les travailleurs sociaux lui expliquèrent que s'il acceptait le rapatriement, il pourrait suivre une formation technique en Albanie et recevoir une aide financière limitée. A répondit que ce qui lui manquait en Albanie était un travail et qu'une aide financière ne lui serait d'aucune aide.



Satisfaire l'un des droits peut impliquer la violation d'un autre

Le Comité pour les mineurs étrangers évalua l'étude sociale effectuée par le SSI. Comme la famille ne présentait aucun problème particulier et qu'un rapatriement n'impliquait pas de risque pour l'enfant ils ont ordonné de rapatrier A.

A fut pris en charge par la police italienne et emmené à l'aéroport, où il fut embarqué dans un avion pour Tirana. A Tirana, il rencontra un employé du SSI, qui l'accompagna à la maison. A avait le sentiment d'être un raté. Il refusa de participer à la formation offerte à Tirana par le SSI et travailla aux champs avec son père.

Un mois plus tard, il repartit pour l'Italie.

Le Comité pour les mineurs étrangers a t'il pris une décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Sur la base des réflexions mentionnées plus haut, le Comité aurait dû garder en tête non seulement le fait que A courrait certains risques s'il était rapatrié, que le rapatriement permettait la réunification familiale mais aussi toute une série d'autres aspects :

A était totalement opposé au rapatriement (d'autant plus que celui-ci devait être fait par la police);

La famille de A exprima son refus quant au rapatriement de leur fils, même s'ils avaient confirmé leur disposition à l'accueillir une fois de retour;

A dit qu'il voulait étudier et trouver un travail, ainsi qu'aider sa famille. A Diber cependant, il n'y avait aucune possibilité d'éducation ou de formation professionnelle. Par conséquent, A aurait été forcé de déménager à Tirana, loin de ses parents, de plus tant à Diber qu'à Tirana, les opportunités de travail sont très limitées.

En Italie, A était capable de suivre des cours, une formation professionnelle et de trouver un travail qu'il aime, qui lui permettait d'envoyer de l'argent à la maison pour sa famille.

Si ces facteurs avaient aussi été considérés, la décision aurait probablement été que A reste en Italie, dans son intérêt supérieur.

3.2.2. Le cas de M.

M est un garçon de 14 ans d'origine marocaine originaire de la ville de Khouri-

bga. Il a deux frères, son père est au chômage et sa mère travaille au foyer familial.

Plusieurs amis de M sont parti pour l'Italie, certains rentrent durant les vacances d'été, racontant qu'ils ont été à l'école et qu'ils y ont suivi une formation professionnelle et qu'ils ont trouvé du travail. M décida de partir aussi. Au début, ses parents étaient opposés à sa décision. Ils lui donnèrent leur accord par la suite.

Ainsi, M. fini sa dernière année d'école primaire et partit pour l'Italie. En Italie, il fut accueilli par un oncle éloigné, qui lui demanda cependant de payer pour son logement et sa nourriture. Par conséquent, M. commença par vendre des mouchoirs en papier et des briquets dans la rue pour gagner un peu d'argent. La vie en Italie était très dure pour M., il devait rester toute la journée, au milieu du trafic routier. De plus, il se faisait souvent approcher par des garçons plus âgés qui lui «*offraient*» un «*travail*» comme vendeur de drogue.

M. eu le mal du pays, mais ne voulait pas rentrer de peur d'être perçu comme un perdant, qui ne pouvait pas s'en sortir par lui-même.

Pendant ce temps, le Comité pour les mineurs étrangers débuta ses recherches et les travailleurs sociaux employés par le Service Social International au Maroc prirent contact avec les parents de M.. Après avoir auditionné les parents sur les conditions de vie de M.. Ces derniers avouèrent qu'ils seraient heureux que M. soit rapatrié. Il pourrait alors terminer ses études primaires et suivre une formation professionnelle, peut-être comme maçon vu que l'un des frères de son père avait une petite entreprise de construction, où M. pourrait suivre sa formation.

Les travailleurs sociaux en Italie demandèrent à M. s'il accepterait l'idée de retourner dans son pays, M. refusa. Il voulait rester en Italie à tout prix. Les travailleurs sociaux lui expliquèrent qu'à Khouribga il pourrait suivre une formation professionnelle et qu'après quelques années il pourrait retourner en Italie. M persista.

Le Comité ordonna son rapatriement. Finalement, les parents de M. ont accepté le rapatriement bien qu'ils aient des sentiments mitigés à ce sujet. M fut accompa-

gné jusqu'à sa maison. Dans le mois suivant son rapatriement, les parents de M. l'inscrivirent dans sa dernière année d'étude primaire. Par conséquent, M. suivit un cours de formation professionnelle comme maçon, financé par le projet de rapatriement puis poursuivit son apprentissage avec son oncle.

Dans le cas de M., le rapatriement était probablement la meilleure solution, dans son intérêt supérieur.

4. - Conclusion

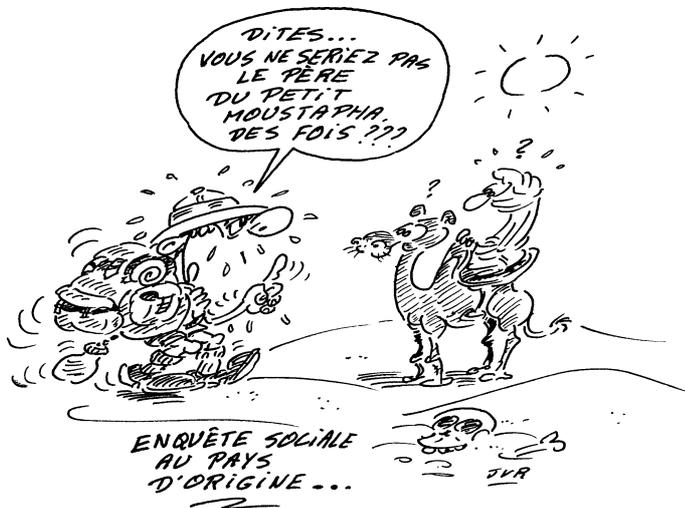
En conclusion, l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant entre rester dans le pays d'accueil et le rapatriement, en conformité avec les principes de la Convention des droits de l'enfant, doit être prise sur base des considérations des droits décrits par la CDE même, suivant une approche globale et gardant à l'esprit les trois grands principes généraux du droit à la vie et au développement, la non-discrimination et le droit d'expression.

Une série de critères doivent donc être pris en considération :

- les risques que le rapatriement implique pour l'enfant (droit à la vie et à la protection contre l'abandon et la violence);
- les opportunités de réunir la famille dans le pays d'origine (droit à l'unité familiale);
- les conditions socio-économiques et les opportunités du mineur dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil (droits sociaux et économiques);
- la volonté de l'enfant (droit à l'expression);
- la volonté de sa famille (droit d'être guidé par quelqu'un de sa famille);
- l'âge et la maturité de l'enfant.

Comme nous avons pu l'observer, ces différents critères sont partiellement en conflit, car satisfaire l'un des ces droits peut impliquer la violation d'un autre. En particulier, il peut y avoir conflit entre le droit à l'unité familiale et les droits économiques et sociaux.

D'importantes conséquences du point de vue procédural



Il faut évaluer chaque cas individuellement (sur la base de l'âge et de la maturité du mineur, de la volonté du mineur et de celle de ses parents, des opportunités disponibles pour lui/elle dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil) pour savoir quelle solution représente l'équilibre entre les différents droits en question, afin de trouver ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'adoption du critère général «*d'intérêt supérieur de l'enfant*» et des critères plus spécifiques impliquent d'importantes conséquences du point de vue procédural. Si ces critères doivent être pleinement respectés, il sera nécessaire :

- que la responsabilité de décision entre le rapatriement et l'intégration dans le pays d'accueil soit laissée à une instance décisionnelle dont la composition et les fonctions sont telles qu'elle puisse adopter, comme critère fondamental, «*l'intérêt supérieur de l'enfant*» au lieu de faire intervenir d'autres conditions comme le contrôle de l'immigration clandestine. Ce corps devrait donc :
- * avoir comme fonction fondamentale de défendre et promouvoir les droits de l'enfant;
- * être indépendant du gouvernement. Par-dessus tout, il ne doit pas inclure parmi ses membres des représentants du ministère des Affaires intérieures ou du ministère des Affaires étrangères;
- que l'enfant ait la possibilité réelle de s'exprimer librement sur ses opinions, au regard de ses préférences entre rester dans le pays hôte ou être rapatrié. Il

doit pouvoir donner les raisons pour lesquelles il a émigré, expliquer ses projets, ses expériences dans le pays d'accueil et les conditions dans lesquelles il rentrerait dans son pays d'origine. Les travailleurs sociaux qui interrogent l'enfant ne doivent pas avoir d'intérêt en jeu (en particulier de nature économique) en faveur ou défaveur du rapatriement⁽³¹⁾. Ils doivent recevoir des formations adéquates pour savoir écouter l'enfant, en particulier les enfants étrangers. L'opinion de l'enfant doit être entendue directement ou communiquée en détail à l'instance responsable qui décide entre le rapatriement et l'intégration dans le pays d'accueil afin qu'il devienne un véritable élément du processus décisionnel;

- que rapidement, une recherche sociale détaillée soit faite dans le pays d'origine afin de :
- * trouver la famille et les contacter, comprendre les raisons qui ont poussé l'enfant à émigrer et saisir l'opinion des membres de sa famille au regard du choix entre rester dans le pays d'accueil et le rapatriement, et évaluer la situation familiale;
- * vérifier que le rapatriement n'implique pas de risques pour l'enfant (risques de persécution, d'abandon, d'abus, etc.);
- * évaluer les conditions économiques et sociales et les opportunités d'éduca-

tion, de formation, de travail, santé, assistance santé, etc. à la disposition de l'enfant dans son contexte d'origine.

- Tous ces éléments doivent être transférés dans les détails au bureau compétent pour décider si l'enfant doit être rapatrié ou rester dans le pays d'accueil, afin que ceux-ci deviennent des éléments réels du processus de décision.

Il faut relever que la recherche de la famille est importante non seulement pour son rapatriement mais également pour permettre à l'enfant de rester en contact avec sa famille.

- qu'un rapport social soit fait sur les conditions d'intégration de l'enfant dans le pays d'accueil (type de logement, école, formation, travail, conditions psychologiques, etc.)

Le rapport doit être fait par des travailleurs sociaux qui sont en contact avec l'enfant (des employés de centres d'accueil, des enseignants, etc.) et doit être envoyé à l'instance responsable pour décider entre le rapatriement et l'intégration dans le pays d'accueil afin qu'il devienne un élément réel du processus de décision.

- que la décision entre le rapatriement et l'intégration dans le pays d'origine soit prise rapidement afin de ne pas laisser l'enfant dans l'incertitude, ce qui pourrait avoir de sérieuses conséquences pour son développement.
- que le «*projet de retour*» (y compris l'inscription à l'école, la formation professionnelle, la petite aide financière pour démarrer un commerce, etc.) soit offert à l'enfant qui devra être rapatrié, afin de l'aider à se réintégrer dans son contexte d'origine et afin de réduire au maximum les risques d'échec si souvent observés lors de retour.
- qu'un suivi soit organisé, après une certaine période, sur la situation de l'enfant rapatrié, afin d'évaluer si le rapatriement était bien dans «*l'intérêt supérieur de l'enfant*».

(31) En Italie, par exemple, comme les coûts des logements pour enfants étrangers sont à la charge des communes, les employés de ces communes tendent parfois à réduire le nombre d'enfants étrangers qui reçoivent l'hospitalité, et par conséquent favorisent le rapatriement. En revanche, comme les centres d'accueil reçoivent des subsides pour chaque enfant logé, les employés de ces centres n'encouragent pas le rapatriement des enfants.