

CABA, le 6 avril 2011

---

## **DEMANDE D'AVIS CONSULTATIF À LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME PORTANT SUR LES ENFANTS MIGRANTS**

### **TABLE DES MATIÈRES**

#### *I. Introduction*

- 1. L'objet de la demande d'avis consultatif*
- 2. La situation des droits de la personne qui motive cette demande*
- 3. Contexte institutionnel*

#### *II. Demande d'avis consultatif*

- 1. Procédures pour identifier les besoins en termes de protection internationale et les situations potentielles de risques pour les droits des enfants migrants*
- 2. Système de garanties d'un procès équitable*
- 3. La non-détention des enfants. Standards pour l'application de mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure migratoire*
- 4. Mesures de protection des droits qui ne restreignent pas le droit à la liberté*
- 5. Obligations de l'État en cas de garde d'enfants pour des motifs migratoires*
- 6. Garanties d'un procès équitable face à des mesures qui emportent des restrictions à la liberté personnelle d'enfants pour motifs migratoires*
- 7. Le principe de non-refoulement eu égard aux enfants migrants*
- 8. Procédures de protection en vue de la détermination du statut de réfugié*
- 9. Droit à la vie familiale des enfants dans le cas de l'expulsion des parents*

#### *III Conclusions*

## I. Introduction

### 1. *Objet de l'avis consultatif*

L'honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme, lors de récents prononcés, a affirmé le principe en vertu duquel les situations d'irrégularité migratoire ne peuvent être criminellement traitées et selon lequel des sanctions telles la privation de liberté ne peuvent être appliquées comme conséquence au manquement aux normes migratoires. Aussi, la Cour interaméricaine a substantiellement restreint la possibilité d'appliquer des mesures de privation de liberté à des fins conservatoires dans les procédures migratoires, et a clairement défini un ensemble de garanties d'un procès équitable applicables auxdites procédures.

De surcroît, par le biais de plusieurs précédents jurisprudentiels et de l'exercice de sa compétence consultative, cette Cour a défini la portée du devoir de protection spéciale des enfants et adolescents prévue à l'article 19 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, ainsi qu'un ensemble de garanties de base d'un procès équitable et de règles de raisonabilité qui doivent encadrer les lois, les politiques publiques et les pratiques étatiques qui impliquent l'exercice de droits de l'enfant (ci-après le terme « enfant » se réfère à toutes les personnes âgées de moins de 18 ans).

Les pays signataires comprennent qu'au-delà des importants développements réalisés dans l'adéquation des lois d'immigration avec les standards de droit international des droits de la personne, il subsiste dans le continent une situation grave et irrésolue qui porte préjudice aux droits de la personne des enfants et adolescents qui migrent pour des raisons économiques, sociales culturelles et politiques.

Cette situation est, dans une certaine mesure, favorisée par une carence des lois et des politiques publiques afférentes à différents sujets qui seront traités dans la présente demande. À titre de résumé, on pourrait souligner qu'un trait encore courant dans certaines lois et politiques migratoires est le manque d'articulation avec le système de protection des droits de l'enfant, ce qui restreint la possibilité pour les institutions publiques de définir adéquatement les mesures qu'elles doivent adopter lorsqu'un enfant s'introduit de manière irrégulière dans un pays.

Parmi les problèmes que nous trouvons les plus pressants et qui découlent dudit défaut d'articulation entre politiques migratoires et politiques de protection des droits de l'enfant, il faut relever l'absence de procédures appropriées destinées à identifier les différents risques avec lesquels doivent composer les enfants qui intègrent des flux migratoires mixtes ou d'une autre nature. Ces procédures devraient servir à déterminer dans chaque cas les éventuels besoins en termes de protection internationale qui pourraient exister, tel le statut de réfugié, de victime de crimes transnationaux, ou l'exposition à des risques de torture ou de traitements inhumains dans le pays d'origine. Ces procédures aideraient à mettre en évidence l'information utile aux fins de l'adoption de mesures spéciales de protection des droits que les enfants requièrent dans des circonstances particulières.

En d'autres occasions, le défaut de capacités techniques et d'accords institutionnels appropriés pour réaliser un examen rigoureux des conséquences potentiellement préjudiciables aux droits des enfants que peuvent avoir certaines décisions dans le

cadre de processus migratoires, tels que l'établissement ou l'expulsion, constituent d'autres carence des politiques migratoires et des appareils administratifs qui mettent en œuvre ces mêmes politiques.

Nous estimons aussi comme étant un autre aspect à régler, dans le domaine des politiques migratoires, le défaut de systèmes appropriés de garanties procédurales pour assurer, entre autres garanties, la représentation légale, l'assistance juridique et le droit des enfants à être entendus au cours des procédures migratoires, ainsi que la révision des actes administratifs auprès des institutions judiciaires impartiales et spécialisées.

Plusieurs systèmes légaux permettent que les enfants voient leurs liberté personnelle être restreinte pour des raisons migratoires. Peu importe le nom donné à ces mesures selon les pays, dans certaines circonstances lesdites mesures ne sont pas accompagnées de garanties de raisonnabilité, ni d'évaluation de mesures alternatives, ni de garanties d'un procès équitable. Plusieurs enfants doivent subir l'hébergement au sein d'institutions migratoires sous enfermement dû au fait que leurs parents font l'objet de mesures conservatoires comme conséquence de leur statut migratoire.

Aussi, nous remarquons, dans les décisions prises quant à la déportation et à l'expulsion, le maigre respect de principes essentiels du droit international des droits de la personne, tels que les principes de non refoulement, de protection du statut de réfugié et de protection de la vie familiale.

Nous considérons que des sujets aussi délicats de par leur subtilité juridique que pressants dans leur facette humanitaire, justifient l'intervention de la Cour interaméricaine par le biais de sa compétence consultative afin d'approfondir et de préciser les standards et principes établis dans sa jurisprudence portant sur les droit de l'enfant et sur la migration. Lesdits standards et principes contribueront non seulement à établir un seuil minimal de droit fondamentaux à être reconnus par les États, mais aussi ils constitueront un paramètre ou cadre conceptuel qui servira de référent incontournable pour ajuster et réformer les lois et les politiques publiques dans ce domaine.

En vertu de ce qui a été dit, nous estimons que toutes les conditions sont réunies pour que l'honorable Cour interaméricaine puisse se prononcer sur la définition de standards juridiques portant sur les sujets suivants: 1. Les procédures destinées à déterminer les besoins en termes de protection internationale et des mesures de protection spéciale des enfants et adolescents migrants; 2. Le système de garanties qui devraient s'appliquer aux procédures migratoires qui impliquent des enfants et des adolescents migrants; 3. Les standards d'application de mesures conservatoires dans une procédure migratoire fondé sur le principe de la non-détention des enfants migrants; 4. Les mesures de protection des droits qui devraient s'établir de manière prioritaire et qui n'impliquent pas de restrictions à la liberté personnelle; 5. Les obligations étatiques en cas de garde des enfants pour des motifs migratoires; 6. Garanties d'un procès équitable face à des mesures qui impliquent des restrictions à la liberté personnelle des enfants dans le contexte de procédures migratoires; 7. Le principe de non-refoulement concernant les enfants migrants; 8. Les procédures destinées à l'identification et au traitement des enfants qui solliciteraient éventuellement l'asile ou le refuge; 9. Droit à la vie familiale des enfants dans le cas de l'expulsion des parents pour des motifs migratoires.

## 2. La situation des droits de la personne qui motive cette demande d'avis consultatif

2.1. En Amérique latine et dans les Caraïbes on évalue qu'environ 25 millions de personnes ont migré vers des pays d'Amérique du nord ou d'Europe, alors que 6 millions ont migré vers d'autres pays situés dans la région<sup>1</sup>. Parmi ces personnes, un nombre croissant, quoique impossible d'être appréciée, est constituée d'enfants et d'adolescents dont certains migrent aux côtés de leurs parents (ou avec l'un d'eux), alors que de manière croissante d'autres migrent de manière séparée ou non accompagnée<sup>2</sup>.

Pourtant, les enfants concernés d'une manière ou d'une autre par la migration internationale constituent un nombre significativement plus élevé, puisque ne sont pas pris en compte, par exemple, plusieurs fils et filles de migrants nés postérieurement à la migration de leurs parents, qui en général acquièrent la nationalité du pays hôte en vertu du principe de citoyenneté *ius solis* en vigueur dans presque toute la région. De plus, plusieurs enfants qui demeurent dans le pays d'origine lorsque les parents décident de migrer ne sont pas inclus dans ces chiffres. Le nombre d'enfants migrants qui se retrouvent dans une situation migratoire irrégulière dans la région est aussi une donnée qui fait l'objet d'incertitude. Il en découle qu'il est possible d'affirmer que les données précitées soient limitées quant au nombre réel que constitue la population migrante d'enfants<sup>3</sup>.

Il faut spécifier que dans ce texte, le concept d'« enfant migrant » comprend les enfants qui migrent pour divers motifs que se soit pour la réunification familiale, la quête de

---

<sup>1</sup> Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPAL), *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago, août 2006, p.73. Le Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies, administre des données similaires, Division de la population (2009). *Trends in international Migrant Stock : The 2008 Revision* (United Nations databases, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008). Cette organisation internationale soutient qu'il y a 26 millions de personnes latino-américaines qui vivent hors de leur pays d'origine, parmi lesquels 7 480 267 millions habitent un autre pays latino-américain (migration sud-sud). Aussi, les principales destinations des immigrants en Amérique latine sont l'Argentine (19%), le Venezuela (13%), le Mexique (9,7%) et le Brésil (9.19%), voir <http://www.un.org/esa/population>. Près de la moitié des émigrants régionaux a quitté son pays d'origine au cours de la décennie des années 1990 en destination, en particulier, des Etats-Unis qui sont présentement le pays qui accueille le plus d'immigrants au monde. Jusqu'à l'année 2004, la population latino-américaine et caribéenne vivant aux Etats-Unis se rapprochait des 18 millions de personnes. En 2008, ledit pays hébergeait un peu plus de 45 millions de latino-américains, selon le *US Census Bureau, 2006-2008, American Community Survey*. Ceci indique que les Etats-Unis constituent toujours la destination préférée de la majorité des émigrants de la région. Le Mexique est le pays qui enregistre la plus importante population résidant aux Etats-Unis, (près de 30 millions en 2008), suivi par Puerto Rico (4 millions), Cuba (1 572 138), El Salvador (1 477 210), la République Dominicaine (1 249 471), le Guatemala (915 743) et la Colombie (822 036), information provenant du *U.S. Census Bureau, 2006-2008 American Community Survey*.

<sup>2</sup> Selon le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, les enfants non accompagnés sont ceux qui se trouvent hors de leur pays d'origine et qui sont « séparés de leur deux parents et d'autres membres de leur famille et qui ne sont pas pris en charge pas un adulte à qui, en vertu de la loi ou de la coutume, incombe une telle responsabilité », alors que les enfants séparés seraient ceux qui sont « séparés des deux parents ou des ses tuteurs légaux, mais non nécessairement de d'autres membres de leur famille », voir Observación General No. 6 (2005), *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/8, 1<sup>er</sup> septembre 2005, aux para 8-9.

<sup>3</sup> L'analyse de la question migratoire qui est faite dans ce document a pris pour base la recherche suivante : « *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y algunas líneas de acción para su protección* », Université Nationale de Lanús, Centre des droits de l'homme et Bureau régional Amérique latine et Caraïbes de l'UNICEF (TACRO), décembre 2009.

meilleures conditions économiques, sociales ou culturelles, pour fuir la pauvreté extrême, la détérioration environnementale, la violence ou d'autres formes d'abus ou de persécution auxquelles ils sont soumis.

En accord avec les divers organismes internationaux des droits humains, les migrants en situation migratoire irrégulière, d'une part, et les enfants, d'autre part, sont des groupes sociaux qui sont dans une situation de vulnérabilité. C'est pour cette raison que les deux groupes susmentionnés méritent un engagement spécial de la part des États qui doivent assurer le respect, la protection et la garantie de leurs droits fondamentaux<sup>4</sup>.

En ce qui concerne les enfants migrants en état d'irrégularité migratoire (ou dans le cas où leurs parents se trouvent dans cette situation), le contexte de vulnérabilité s'exacerbe en raison du concours entre l'âge et le statut migratoire, ce qui demande une protection spécifique et adéquate de leurs droits de la part de l'État (qu'il soit d'origine, de transit, ou de destination de migrants) et d'autres acteurs concernés. L'action étatique, engagée principalement par le biais de politiques migratoires et de politiques de protection intégrale des droits des enfants, devrait être guidée par deux principales directives : la garantie des droits de la personne et une perspective transversale d'âge qui mette correctement l'accent sur la prise en compte des droits des enfants affectés par la migration.

Les besoins spéciaux en termes de protection des droits des enfants migrants, tenant compte de leur situation de vulnérabilité, se manifestent très clairement dans certaines circonstances, telle que la privation de la liberté corollaire au statut migratoire; privation qui peut se produire de deux manières. L'une d'elle est assurément l'emploi de mesures de privation de liberté comme peine pour s'être introduit dans un autre pays sans permission, ou pour s'y trouver sans permis de résidence ou avec celui-ci étant expiré (ce type de réponses répressives face à l'irrégularité migratoire est généralement désigné comme « criminalisation de la migration irrégulière »). Le second moyen par lequel on prive les migrants de leur liberté (les migrants de manière générale et les enfants, plus particulièrement) est la détention en tant que mesure conservatoire dans le contexte d'une procédure migratoire qui, en général, vise l'expulsion.

Présentement l'appel à la privation de liberté des migrants (adultes et enfants), liée à l'infraction aux lois d'immigration, représente une problématique qui engendre une sérieuse inquiétude dans divers milieux nationaux et internationaux. L'affectation au droit à la liberté des migrants a mené l'Assemblée Générale des Nations Unies à enjoindre les États « à adopter des mesures effectives en vue de mettre fin aux arrestations et détentions arbitraires de migrants et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir et punir toute forme de privation illégale de la liberté des migrants.»<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> En ce qui concerne la vulnérabilité des migrants, voir entre autres documents, le préambule de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et le *Rapport du Groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les droits de l'homme des migrants*, E/CN.4/AC.46/1998/5 novembre 1998.

<sup>5</sup> Assemblée Générale, Résolution 59/194, *Protection des migrants*, 2005. C'est en ces mêmes termes que s'est exprimée la défunte Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, dans la résolution 2001/52 portant sur les droits de l'homme des migrants, E/CN.4/RES/2001/52, du 24 avril 2001, para 18. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a abondé aussi dans ce sens lorsqu'il a recommandé aux États d' « assurer la sécurité des non-citoyens, en particulier en ce qui concerne la détention arbitraire. » (CERD, recommandation générale XXX, *Discrimination contre le non-nationaux*, 2004).

Suite à l'étude de la problématique de la privation de liberté des migrants, il faut signaler que, sans préjudice pour la nomenclature employée par chaque pays pour signifier cette situation (héberger, appréhender, loger, assurer, interner, retenir, etc.), ce qui importe réside dans ses conséquences pratiques et sa nature juridique. C'est-à-dire que si une personne est privée de sa liberté, sans avoir l'opportunité d'entrer ou de sortir librement (ou d'abandonner) de l'endroit où elle a été logée, dès lors les circonstances doivent être analysées en tenant compte des principes, normes et standards qui régissent le droit à la liberté personnelle<sup>6</sup>.

La détention à laquelle on se réfère est celle qui se produit en raison de l'entrée non autorisée dans un autre pays que ce soit en raison de l'absence de résidence ou parce que le migrant ne possède pas de permis de séjour ou bien parce que ce dernier est expiré, tout cela dans le contexte d'un processus d'identification des migrants sans documentation, ou lorsque la privation de liberté est ordonnée en tant que mesure conservatoire jusqu'à détermination du statut migratoire. L'expulsion (selon le pays, elle peut aussi être désignée comme rapatriement, déportation ou renvoi) désigne les procédures par lesquelles l'on détermine le transfert d'un migrant vers son pays d'origine en raison d'infractions aux lois d'immigration portant sur l'entrée et le séjour.

Il faut faire valoir que l'honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est récemment prononcée, dans le cadre de l'exercice de sa compétence contentieuse, sur la capacité des États à instituer une sanction punitive dans le contexte d'un manquement aux lois d'immigration, et ce en analysant la compatibilité entre les lois internes en cette matière et les exigences de la Convention<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Dans ce document l'on admettra une conception ample de l'idée de « détention » qui est assimilée à l'idée de privation de liberté telle définie par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans le Rapport sur la sécurité citoyenne et les droits de la personne de l'année 2009. Dans ce rapport, l'on indique qu'il faut entendre par « privation de liberté », « [t]oute forme de détention, incarcération, de placement en institution, ou de garde d'une personne, pour des motifs d'assistance humanitaire, de traitement, de tutelle, de protection, ou pour délits et infractions à la loi, imposée par ou sous le contrôle *de facto* d'une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité que ce soit dans une institution publique ou privée dans laquelle ladite personne ne peut jouir de sa liberté de circulation. Cette catégorie de personne comprend, non seulement les personnes privées de liberté pour des délits, infractions ou manquements à la loi, et étant soit accusées ou condamnées, mais aussi les personnes qui sont sous la garde et la responsabilité de certaines institutions, telles que : les hôpitaux psychiatriques et les autres établissements pour personnes avec handicaps physiques, mentaux ou sensoriels; les institutions pour enfants et personnes âgées; les centres pour immigrants, réfugiés, demandeurs d'asile ou de refuge, apatrides et sans-papiers et toute autre type d'institution analogue destinée à la privation de la liberté des personnes», au para 143. En accord avec les *Principes et bonnes pratiques de protection des personnes privées de liberté dans les Amériques*, approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 13 mars 2008 lors de sa 131<sup>e</sup> période ordinaire de sessions, célébrée du 3 au 14 mars 2008. De leur côté, les Nations Unies établissent, dans la règle 11(b) des Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté adoptées par l'Assemblée Générale dans la Résolution 45/113, du 14 décembre 1990, que « [p]ar privation de liberté, on entend toute forme de détention, d'emprisonnement ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonnés par une autorité judiciaire, administrative ou autre. » Finalement, à son article 4.2, le Protocole facultatif de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants stipule que l'on entend par privation de liberté « toute forme de détention ou d'emprisonnement, ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé de surveillance dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité publique.»

<sup>7</sup> Cour IDH, *Affaire Vélez Loor c. le Panama.*, Exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens. Arrêt du 23 novembre 2010 Serie C No. 218, au para 163.

Dans cette perspective, au regard des articles 7.2<sup>8</sup> et 7.3<sup>9</sup> de la Convention américaine, la Cour a indiqué que l'application de mesures punitives privatives de liberté aux fins de contrôle des flux migratoires, en particulier des flux irréguliers, doivent respecter les conditions suivantes: i) que l'objectif des mesures privatives ou restrictives de liberté soit compatible avec la Convention; ii) que les mesures adoptées soient adéquates pour atteindre l'objectif visé; iii) qu'elles soient nécessaires, dans la mesure où elles sont absolument indispensables à l'atteinte de l'objectif visé et qu'il n'existe pas, parmi toutes les mesures aussi adéquates pour ledit objectif, une mesure moins intrusive pour le droit affecté, raison pour laquelle le Tribunal a indiqué que le droit à la liberté personnelle suppose que sa limitation doit être exceptionnelle, et; iv) qu'il s'agisse de mesures qui soient absolument proportionnelles, de sorte que le sacrifice inhérent à l'atteinte du droit à la liberté ne soit pas excessif ou démesuré relativement aux bénéfices obtenus par le biais de la restriction et à l'atteinte de l'objectif recherché<sup>10</sup>.

La Cour a eu l'occasion d'analyser les deux premières conditions, c'est-à-dire la conventionalité de l'objectif de la mesure privative de liberté – dans un contexte de contrôle migratoire fait par l'État – et son caractère adéquat. À cet effet, la Cour a indiqué que « l'emploi de la détention préventive peut être adéquat pour réguler et contrôler la migration irrégulière dans le but d'assurer la comparution de la personne au processus migratoire ou pour garantir l'application d'un ordre de déportation »<sup>11</sup>. Néanmoins, la Cour se réfère à l'opinion du Groupe de travail sur la détention arbitraire qui affirme que « la criminalisation de l'entrée irrégulière dans un pays dépasse l'intérêt légitime des États à contrôler et réguler l'immigration irrégulière et peut donner lieu à des détentions non nécessaires »<sup>12</sup>. De la même manière, la Cour a pris en compte les standards prévus dans le rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des migrants, selon lesquels « [l]a détention des migrants en raison de leur statut irrégulier ne devrait sous aucune circonstance avoir un caractère punitif »<sup>13</sup>.

Par ailleurs, en ce qui concerne la « nécessité de la mesure » en tant qu'autre condition qui doit être analysée lorsqu'il s'agit d'établir l'étendue de l'obligations de l'État en matière de protection de des droits des personnes migrantes, la Cour a établi que le pouvoir punitif de l'État, qui se traduit en sanctions de type pénal ou administratives, doit être strictement exercé « pour protéger les biens juridiques fondamentaux des plus graves atteintes qui nuisent ou mettent en péril ces derniers » en faisant appel à la privation de liberté « seulement lorsque elle s'avère nécessaire afin de satisfaire un objectif social urgent et de manière proportionnée à ce même objectif »<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 7.2 : « Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et dans des conditions déterminées à l'avance par les constitutions des États parties ou par les lois promulguées conformément à celles-ci. »

<sup>9</sup> Art. 7.3 : « Nul ne peut faire l'objet d'une détention ou d'une arrestation arbitraires. »

<sup>10</sup> Cour IDH, *affaire Vélez Loor c. Panamá*, supra note 7, aux para 166-67.

<sup>11</sup> *Ibid.*, au para 169.

<sup>12</sup> *Ibid.*, au para 169, où la Cour se réfère à ce qui est indiqué dans le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire des Nations Unies, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, A/HRC/7/4, 10 janvier 2008, au para 53.

<sup>13</sup> *Ibid.*, où la Cour se réfère à ce qui est indiqué dans le Rapport présenté par la Rapporteuse spéciale des Nations Unies, Gabriela Rodríguez Pizarro, *Groupes spécifiques et individus : travailleurs migrants*, en vertu de la résolution 2002/62 de la Commission des droits de l'homme, E/CN. 4/2003/85, 30 décembre 2002, au para 73 (dossier de preuve, Tome V, annexe 22 du dossier de demandes d'arguments et preuves, folio 1993.)

<sup>14</sup> *Ibid.*, au para 170. Ici, la Cour se réfère une fois de plus au Rapport du Groupe de travail sur les détentions arbitraires des Nations Unies, supra note 12, au para 63.

De la même manière, cette honorable Cour affirme que la « détention de personnes pour manquement aux lois d'immigration ne doit jamais se faire à des fins punitives ». Ainsi, les mesures privatives de liberté pourront seulement être utilisées lorsque nécessaire y proportionnellement au cas en concret, et ce pour les objectifs mentionnés plus haut et seulement pour la durée la plus courte que possible »<sup>15</sup>. Aussi, la Cour dénote que les États ont l'obligation de proposer des mesures de privation de liberté qui remplissent les conditions décrites et qui garantissent de manière minimale les droits fondamentaux des migrants.

Finalement, la Cour conclut que pour que les politiques d'immigration des États soient compatibles avec les dispositions de la Convention américaine, leur fondement central ne peut reposer sur la détention obligatoire des migrants irréguliers, mais plutôt sur l'idée que les États ont l'obligation d'évaluer, dans chaque cas particulier, la possibilité d'adopter des alternatives à la privation de liberté<sup>16</sup>.

Dans cette même perspective, le Comité des Nations Unies pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a recommandé, après avoir examiné des dispositions telle la privation de liberté pour manquement aux réglementations relatives à l'entrée dans un pays, qu'afin de rendre conforme les lois à la Convention et à d'autres instruments internationaux, il faut éliminer « l'entrée irrégulière d'une personne [dans le] territoire [d'un autre État] comme délit emportant peine de privation de liberté »<sup>17</sup>. En ce sens, tous les États ibéro-américains ont déclaré que dans la mesure où « migrer n'est pas un délit, [...] les États ne développeront pas des politiques visant à criminaliser le migrant »<sup>18</sup>. Sur le plan sud-américain, l'on a aussi décidé d' « écarter vigoureusement la criminalisation de l'irrégularité migratoire et son possible traitement à partir du droit pénal, comme s'il s'agissait d'un fait punissable dans cette même perspective »<sup>19</sup>.

La position claire des États de la région quant à cette question, renforcée par les standards établis par l'honorable Cour et par divers organismes internationaux de protection des droits de la personne, permet de se référer à un ***principe de non criminalisation de la migration irrégulière***.

2.2. Bien que le principe de non criminalisation soit posé, plusieurs questions restent irrésolues en qui a trait à la reconnaissance des droits de la personne des migrants et en particulier sur la reconnaissance et la protection des droits de la personne des enfants migrants.

Une caractéristique récurrente des politiques d'immigration est le manque d'articulation adéquate avec le système de protection des droits de l'enfant, ce qui limite la possibilité

---

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, au para 171.

<sup>17</sup> Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Observations finales, Mexico, CMW/C/MEX/CO/01, du 8 décembre 2006, au para 15. L'on se réfère ici à la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

<sup>18</sup> *Engagement de Montevideo sur les migrations et le développement* des Chefs d'État et de gouvernement de la Communauté ibéro-américaine, XVIe Sommet Ibéro-américain, Montevideo, 5 novembre 2006, au para 17.

<sup>19</sup> *Ibid.*

pour les institutions publiques de définir adéquatement les mesures qu'elles doivent adopter lorsqu'un enfant entre dans un pays de manière irrégulière.

Non seulement cette situation peut consacrer l'incertitude quant à protection juridique et intégrale des droits de ces enfants et adolescents, contexte qui tend à être propice à la multiplication de décisions discrétionnaires et arbitraires, mais aussi, cette situation peut conduire, comme il arrive souvent, à ce qu'ils soient traités comme des adultes avec tous les préjudice que cela implique pour leur croissance actuelle et future. C'est pourquoi dans plusieurs pays l'absence de principes légaux destinés à protéger les droits des enfants se trouvant dans de telles circonstances se traduisent dans des réalités telle que l'absence de procédures et de mécanismes institutionnels pour identifier les différentes situations de risque pour l'exercice de certains droits, et dans lesquelles se trouvent les enfants migrants. Parmi ces procédures et mécanismes qui font défaut l'on peut trouver, par exemple, les mesures visant à déterminer s'ils peuvent jouir de la protection destinée aux réfugiés, ou pour savoir s'ils doivent recevoir une protection spéciale parce qu'ils ont été victimes de délits de traite, ou si le principe de non refoulement s'applique en leur faveur en vertu du risque qu'ils encourraient au pays dans lequel l'on a décidé de les renvoyer. D'autres conséquences directes de l'absence d'une approche fondée sur la protection des droits des enfants sont : la carence, dans certains systèmes légaux de mesures alternatives à la détention d'enfants avec des personnes adultes (migrants, mais aussi dans certains cas, des personnes accusées et/ou condamnées pour la commission de délits pénaux); la non prestation d'aide juridique et le manque de garanties procédurales appropriées à leur âge dans le cadre desquelles ils peuvent défendre leurs droits (par exemple, en procurant un tuteur aux enfants non accompagnés). Cette carence d'approche fondée sur la protection des enfants s'exprime aussi dans l'inexistence de politiques publiques qui assurent l'accès à l'éducation, aux services de santé, à la vie familiale, au divertissement, ou se traduit aussi dans les limites à l'accès aux prestations et services sociaux essentiels pour les enfants qui se fondent précisément sur leur statut migratoire.

Un sujet qui fait assurément l'objet d'inquiétudes est la subsistance, dans plusieurs systèmes légaux, de politiques d'immigration qui s'appuient sur des moyens destinés à la privation de la liberté d'enfants et d'adolescents dans le contexte de procédures migratoires.

Une fois établie l'interdiction générale de criminaliser l'immigration irrégulière, il faut examiner si malgré ladite prohibition, la détention d'enfants est possible lorsque elle est associée à leur statut migratoire. Parmi les situations les plus fréquentes dans lesquelles ladite mesure est utilisée, on peut mentionner: l'entrée non autorisée dans le territoire d'un autre pays; en l'absence de résidence, que ce soit en raison de l'absence de permis ou de l'expiration de celui-ci; dans le cadre de processus d'identification de migrants ne possédant aucune documentation, ou lorsqu'on ordonne la privation de liberté jusqu'à ce que soit résolu le statut migratoire (qui implique, généralement, soit la permission de rester au pays, soit le retour forcé au pays d'origine).

En ce sens, alors que certains pays prévoient la détention de migrants (sans distinction d'âge) en tant que sanction pénale pour avoir enfreint la loi d'immigration, l'on prévoit, entre autres, la détention administrative comme mesure conservatoire dans le cadre de procédures migratoires, et ce sans contempler des mesures qui n'impliquent pas de restriction à la liberté de circulation ou la détention, alors que ces mesures devraient s'appliquer préalablement de manière obligatoire. Dans plusieurs cas, ladite détention

d'enfants et d'adultes migrants s'applique (avec fondement légal ou *de facto*) en vertu du statut migratoire de la personne, sans nécessité d'alléguer d'autres motifs pour justifier la détention.

De plus, le statut migratoire des parents a des conséquences directes sur les droits des enfants, par exemple lorsqu'ils sont obligés à se loger avec leurs parents dans des centres de détention de migrants, ou lorsqu'ils doivent accompagner leurs parents expulsés malgré le fait qu'ils (les enfants) soient des nationaux du pays, ou lorsqu'ils doivent subir l'expulsion de leurs parents et la rupture du lien familial. Pour toutes ces raisons nous considérons qu'il est indispensable d'étudier la situation des enfants migrants tout en la mettant en relation avec les droits de migrants adultes.

Quant à la procédure par laquelle l'on adopte des mesures touchant les enfants, incluant celles qui peuvent impliquer des restrictions à la liberté et aboutir à la détention d'adultes et d'enfants migrants, dans plusieurs pays, l'on identifie d'importantes lacunes en ce qui concerne l'autorité compétente pour prononcer et exécuter lesdites mesures, ce qui s'exprime dans le manque d'intervention du pouvoir judiciaire, l'absence de stipulation de termes pour de telles mesures et de garanties de base d'un procès équitable.

Parallèlement, à maintes occasions les enfants et adultes migrants sont logés dans des établissements pénitentiaires ou des commissariats de police. D'une part, ces installations n'ont pas été conçues pour héberger des personnes accusées d'avoir commis des infractions d'ordre migratoire, et d'autre part, elles n'ont pas été adaptées aux standards des droits de la personne appliqués aux droits des enfants. Ainsi, dans divers pays dans lesquels il existe des centres spécialement créés (ou adaptés) pour l'hébergement de migrants, ces centres fonctionnent selon des méthodes qui divergent peu ou aucunement du régime pénitentiaire, ce qui a une incidence sur la criminalisation et la stigmatisation de la population migrante sans résidence et qui touche par conséquent les enfants de manière négative et préjudiciable.

Par ailleurs, dans le cadre des procédures d'expulsion de migrants en tant que sanction pour des infractions aux régulations des conditions d'entrée et de séjour dans un pays, l'absence d'approche fondée sur les droits des enfants est notoire dans la région (qu'il s'agisse de migrants ou d'enfants de migrants). Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant compris comme la satisfaction intégrale de tous les droits des enfants est fondamentale dans toutes les procédures migratoires<sup>20</sup>. Des éléments clés du droit international des droits de la personne, tel le principe de non refoulement requièrent l'adoption de mesures spécifiques dans le contexte desdites procédures qui comportent une série de standards concrets (qui proviennent, entre autres, du Comité des droits de l'enfant, tel que décrit plus bas) voués à garantir les droits de l'enfant.

---

<sup>20</sup> Dans le Rapport sur la sécurité citoyenne et les droits de la personne de l'année 2009, au para 88, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a indiqué que : « en vertu de la doctrine de la protection intégrale, soutenue dans la même Convention relative aux droits de l'enfant, l'on ne peut comprendre par *l'intérêt supérieur de l'enfant*, autre chose que l'effectivité de tous et chacun de ses droits de la personne. Autrement dit : toutes les décisions relatives à la famille, la société ou à l'État qui affectent une personne ayant moins de 18 ans devront prendre en compte objectivement et indéfectiblement l'effectivité de l'ensemble des ces droits. C'est ainsi que l'a saisi la Cour interaméricaine en affirmant que « l'expression 'intérêt supérieur de l'enfant', consacrée dans l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, suppose que le développement de l'enfant et le plein exercice de ses droits doivent être considérés comme des lignes directrices dans la production de normes et leur application citoyenne dans tous les domaines relatifs à la vie de l'enfant».

Dans le contexte de la hausse des flux migratoires mixtes, il se fait nécessaire de compter sur des systèmes servant à identifier convenablement l'entrée des enfants éventuels demandeurs d'asile ou de refuge, et d'avoir à disposition des procédures clairement établies pour décider des mesures de protection à prendre avant et après la détermination du statut de réfugié. Les décisions prises dans le cadre de procédures spéciales portant sur des demandes d'asile ou de refuge doivent procéder avec une approche fondée sur la protection des droits de l'enfant à la lumière du principe de l'intérêt supérieur, par exemple en établissant, entre autres, un modèle de garanties procédurales et de types de résolutions portant sur des solutions temporaires ou définitives.

Finalement, les mécanismes d'expulsion des parents d'enfants résidents ou nationaux des pays de destination, doivent aussi faire l'objet d'une profonde révision à partir d'une perspective fondée sur le respect des droits de l'enfant qui privilégie, entre autres, le droit à la vie familiale et le droit au développement intégral.

**Dans ce contexte, il est essentiel que l'honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme établisse avec grande précision quels sont les standards, principes et obligations concrètes que les États doivent mettre en œuvre en ce qui concerne les droits de la personne de migrants, en particulier concernant les enfants migrants ainsi que les fils et filles de migrants.**

**En particulier, en prenant en compte les observations présentées et qui constituent des préoccupations prioritaires des gouvernement signataires de cette demande, nous considérons qu'il est opportun que la Cour IDH puisse développer les standards juridiques sur les sujets suivants : 1. Procédures pour la détermination des besoins en termes de protection internationale et de mesures de protection spéciale des enfants et adolescents migrants; 2. Système de garanties qui devrait s'appliquer dans les procédures migratoires qui impliquent des enfants et adolescent migrants; 3. Standards pour l'application de mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure migratoire ayant pour base le principe de non détention des enfants migrants; 4. Mesures de protection de droits qui devraient s'établir de manière prioritaire et qui n'impliquent pas de restrictions à la liberté personnelle; 5. Obligations étatiques en cas de garde d'enfants pour des motifs migratoires; 6. Garanties d'un procès équitable face à des mesures qui impliquent la privation de liberté d'enfants dans les cadres de procédures migratoires; 7. Le principe de non-refoulement à l'égard des enfants migrants; 8. Les procédures destinées à l'identification et au traitement des enfants qui solliciteraient éventuellement l'asile ou le refuge; 9. Droit à la vie familiale des enfants dans le cas de l'expulsion des parents sous motifs migratoires.**

Nous saisissons que les sujets choisis n'épuisent pas le répertoire de questions problématiques relatives aux droits de la personne des enfants migrants, mais pour des raisons méthodologiques nous considérons que ces sujets forment un ensemble de problèmes intimement liés et qui pourraient être traités par la Cour dans le cadre de cet avis consultatif.

Pour le reste, il s'agit de questions qui donnent l'opportunité à la Cour de développer et d'approfondir les principes jurisprudentiels et les règles d'interprétation de la Convention américaine sous-tendus dans les précédents susmentionnés.

### 3. Contexte institutionnel

Le respect des droits de la personne dans le cadre des politiques migratoires est un sujet qui est mis en relief dans l'agenda des pays du MERCOSUR et du reste des autres pays d'Amérique latine et des Caraïbes, et ce à deux niveaux d'analyse : 1) au niveau de la population qui migre ou transite entre les pays de la région; 2) au niveau des migrants de la région qui se trouvent dans les pays du Nord, tels les États-Unis, le Canada et les États membres de l'Union Européenne.

Un sujet qui intéresse et préoccupe de plus en plus les peuples latino-américains et caribéens est celui des politiques migratoires restrictives adoptées dans ces mêmes régions et qui mettent fréquemment en péril les droits fondamentaux, nuisant particulièrement les enfants et les adolescents qu'ils soient migrants ou fils/filles de migrants.

Les pays membres du MERCOSUR ont intégré le sujet migratoire lors de plusieurs forums et espaces de discussion internationale (tels que la Conférence sud-américaine sur les migrations et le Forum global sur la migration et le développement). De plus, ils ont souscrit des accord bilatéraux, régionaux et sous-régionaux qui reconnaissent les droits de la personne des migrants indépendamment de leur statut migratoire, en plus d'avoir souscrit les principaux traités internationaux relatifs aux droits de la personne et en particulier ceux portant sur les droits de l'enfant.

Cette demande s'insère dans un contexte plus large de travail et d'articulation régionale qui a lieu entre les pays signataires. À cet effet, durant la XVIIIe Réunion des hautes autorités des droits humains et des chancelleries (RAADH) du MERCOSUR et de ses États associés, les États participants ont décidé de mettre en œuvre un avis consultatif par-devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme portant sur les droits des enfants et adolescent migrants, octroyant à l'Institut de politiques publiques en droits de la personne du MERCOSUR (IPPDH) le mandat d'élaborer un document de demande d'avis consultatif. La version finale de cette demande a été souscrite par la RAADH au cours de sa réunion ayant eu lieu à Asunción au cours du mois d'avril 2011.

Cette initiative exprime une tendance à l'harmonisation des positions sur les sujets d'un grand intérêt public et qui impliquent des conséquences essentielles pour l'effectivité des droits de la personne dans la région. Cette initiative est le fruit de plus de cinq années de labeur de la RAADH dans la coordination d'actions portant sur la protection et la promotion des droits de l'enfant, par le biais de sa Commission permanente *Iniciativa Niñ@Sur*.

L'objectif principal de la proposition est de promouvoir la définition de standards précis du Système interaméricain des droits de la personne quant aux sujets mentionnés qui expriment une préoccupation prioritaire des pays intégrant le MERCOSUR.

Ainsi, cela contribuera aux efforts des États de la région pour ajuster leur lois, leur politique migratoires et de protection des droits des enfants et adolescent à ce seuil minimal et commun de standards juridiques régionaux. Cela servira également de fondement pour les dialogues bilatéraux avec les pays du centre, pour les positions

communes des États et pour les États du bloc MERCOSUR dans les forums régionaux ou globaux.

Il faut souligner que cette initiative manifeste aussi un engagement ferme de nos gouvernements envers le Système interaméricain des droits de la personne, qui est conçu comme une pièce maîtresse du système de garanties de protection des droits humains dans le continent américain.

## II. Demande d'avis consultatif

Par le biais de la présente, nous consultons cette honorable Cour pour qu'elle convienne de déterminer de façon très précise les obligations des États relatives aux mesures susceptibles d'être adoptées vis-à-vis d'enfants en considération de leurs statuts migratoires ou de celui de leurs parents. La consultation, qui est destinée à la détermination desdites obligations, est sollicitée à la lumière de l'interprétation faisant autorité des articles 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 et 29 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et des articles 1, 6, 8, 25 et 27 de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme et de l'article 13 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.

Dans la formulation de cette demande d'avis consultatif, nous, les signataires, avons décidé de mettre de l'avant notre position sur certains aspects qui de notre avis devraient intégrer l'analyse de la Cour, et à l'occasion nous avons aussi indiqué nos points de vue au sujet de la portée que devraient avoir les normes de la Convention quant aux sujets proposés. Ainsi, ce document exprime un consensus entre les États signataires au sujet de ce qui est exprimé dans cette demande. L'énonciation de ces postures, ainsi que la mise en relief de diverses sources de droit interne et international, d'études, d'enquêtes et de documents d'experts et d'expertes cités dans cette demande, doivent être saisis comme un soutien à l'effort interprétatif la Cour, interprète ultime de la portée des obligations établies dans les instruments internationaux invoqués.

L'analyse concernant les droits des enfants migrants doit tenir en compte deux questions générales, centrales et de caractère normatif. En premier lieu, l'obligation – fondamentale – de l'État de garantir la jouissance des droits des enfants migrants, et ce dans des conditions d'égalité. En second lieu, le besoin de procéder à une interprétation large et évolutive des droits des enfants migrants qui sont impliqués dans les différentes problématiques exposées dans cette demande d'avis consultatif. L'application de cette interprétation large et évolutive devrait se mettre à l'œuvre en harmonie avec les droits établis dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Cela a été établi par la jurisprudence de l'honorable Cour qui a affirmé qu'autant la Convention américaine que la Convention relative aux droits de l'enfant sont partie d'un *corpus juris* international de protection de l'enfant très compréhensif qui doit être utile à la Cour pour déterminer le contenu et la portée de la disposition générale consacrée à l'article 19 de la Convention américaine<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> À cet effet, voir les arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : *Affaire Niños de la Calle* (Villagrán Morales y otros) c. le Guatemala, Arrêt du 19 novembre 1999 (Fond), aux para 194-195; *Affaire Instituto de Reeducación del Menor* (Panchito López) c. Le Paraguay, Arrêt du 2 septembre 2004, (Exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens), au para 148, et l'Avis consultatif OC-17/2002 sur « La situation juridique et les droits de la personne de l'enfant », 28 août 2002, demandée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, aux paras. 24-30. Dans le paragraphe 28 de cet avis

Dans l'examen qu'elle fera des différents standards internationaux applicables spécifiquement aux en question, l'on demande à la Cour de prendre particulièrement en considération certains principes plus généraux du droit international des droits humains, entre autres :

- le principe *pro homine* qui impose l'interprétation la plus favorable à l'individu;
- le principe de non discrimination, qui interdit les limitations irrationnelles aux droits fondamentaux en se fondant sur divers facteurs, tels la nationalité ou le statut migratoire<sup>22</sup>, et qui prennent en compte des traits identitaires visibles de la personne, tel que l'âge, la diversité culturelle et le genre;
- l'évolutivité et le dynamisme des droits de la personne, ce qui demande une interprétation des normes de sortes que celles-ci puissent faire face aux défis d'aujourd'hui (dans ce cas-ci, le phénomène migratoire) avec l'objectif d'assurer, progressivement, la garantie des droits de toutes les personnes;
- le principe de protection spéciale ou de spécialité, qui implique la considération d'une approche différentielle face aux lois et politiques et qui rende compte des situations d'inégalités structurelles dans lesquelles peuvent se retrouver certains groupes ou formations sociaux, en particulier les enfants et les adolescents<sup>23</sup>. Dans ce cas, il faut identifier la situation factuelle d'inégalité dans laquelle se trouvent les enfants migrants ou enfants de migrants en situation irrégulière;
- Le principe de l' « intérêt supérieur de l'enfant »<sup>24</sup>, entendu comme la satisfaction simultanée et intégrale des droits et garanties ce qui doit être une préoccupation essentielle pour chaque mesure qui puisse l'affecter et qui exige une protection spéciale de ses droits et de son développement; et
- Le principe de « protection intégrale des droits de l'enfant »<sup>25</sup>, qui implique un traitement non seulement centré sur les droits des enfants, mais aussi focalisé sur les garanties effectives et interdépendante de ces droits.

---

consultatif, la Cour a indiqué que « présentement il faut donner une interprétation dynamique à l'Article 19 de la Convention américaine et qui réponde aux nouveaux contextes auxquels il doit s'appliquer et aux besoins de l'enfant comme réel sujet de droit et non seulement en tant qu'objet de protection ». À cet effet, voir Cour IDH, Avis consultatif OC-18/03, Situation juridique et droits des migrants sans-papiers, du 17 septembre 2003.

<sup>22</sup> À cet effet, voir Cour IDH, Avis consultatif OC-18/03, Situation juridique et droits des migrants sans-papiers, du 17 septembre 2003.

<sup>23</sup> Ce dernier « doit s'entendre comme un droit additionnel, complémentaire, que le traité institue pour des individus dont le développement physique et émotionnel demandent une protection spéciale » (Cour IDH, Situation juridique et les droits de la personne de l'enfant, Avis consultatif OC-17/02, au para 54). L'on a aussi dit sur le principe de spécialité que « l'on ne peut nier que le mineur se maintien dans une situation spéciale dans le processus [judiciaire] comme dans vie et dans toutes les relations sociales. Ni inférieur, ni supérieur; il est différent ce qui appelle à des égards tout aussi différents. Il faut souligner comme je l'ai fait plus haut – et l'avis consultatif met aussi l'accent sur ce point – que tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'enfant ou des mineurs reconnaissent indubitablement la « différence » entre ceux-ci et les adultes, et pour cette raison, ils admettent la pertinence d'adopter des mesures « spéciales » en ce qui concerne les enfants. L'idée même de « spécialité » constitue une reconnaissance et réitération de la différence qui existe – un inégalité de fait, que le Droit n'ignore pas – et de la diversité de solutions juridiques qu'il convient d'apporter dans ce contexte de diversité. Vote séparé concordant du juge Sergio García Ramírez à l'Avis consultatif OC-17, sur la Situation juridique et droits de la personne de l'enfant, du 28 août 2002, au para 27.

<sup>24</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, article 3.

<sup>25</sup> Cour IDH, affaire *Instituto de Reeducación del Menor (Panchito López) c. Le Paraguay*, Arrêt du 2 septembre 2004, au para 146; Cour IDH, Avis consultatif OC-17/2002 sur la Condition juridique et les droits de la personne de l'enfant, 28 août 2002, au para 54.

Par conséquent, l'on demande à l'honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme qu'elle se prononce spécifiquement sur les questions élaborées ci-dessous.

### **1- Procédures pour identifier les besoins en termes de protection internationale et les situations potentielles de risques pour les droits des enfants migrants**

Les flux migratoires mixtes ont été définis comme des mouvements complexes de population qui incluent des réfugiés, demandeurs d'asiles et autres migrants<sup>26</sup>. Concrètement, les flux mixtes sont liés aux déplacements irréguliers, qui comprennent fréquemment la migration de transit faite par des personnes qui voyagent sans la documentation nécessaire, qui traversent les frontières et arrivent à leur destination sans autorisation. Il faut avoir conscience du fait que les personnes qui voyagent de la sorte mettent souvent leur vie en danger, sont contraintes à voyager dans des conditions inhumaines et peuvent être victimes d'exploitation et d'abus.

L'élaboration de ce que devrait être la réponse étatique appropriée pour répondre aux besoins de protection des enfants migrants se trouve implacablement associée à l'institution de procédures adéquates et opportunes pour rendre possible, de manière effective, l'identification des situations de risques, périls et d'atteinte – ou d'atteinte potentielle – de droits, et dans lesquelles se trouvent les migrants qui se sont introduits ou qui s'introduisent dans le territoire d'un État.

Ces procédures visant à identifier les situations de risques pour les droits fondamentaux serviront, d'une part, à identifier les besoins concrets en termes de protection internationale qui permettent de mettre en action les mécanismes spécifiques prévus dans les normes, entre autres, du droit international des droits de la personne, du droit international humanitaire, ou du droit international des réfugiés. D'autre part, ces procédures appuieront les États afin de progresser dans l'adoption de mesures spéciales de protection des droits des enfants prévues à l'article 19 de la Convention américaine, au-delà du statut migratoire que ces derniers peuvent avoir dans le pays où ils se trouvent.

---

<sup>26</sup> En général, l'on tend à prêter plus d'attention aux demandeurs d'asile et aux réfugiés dans les flux mixtes dû aux principes juridiques internationaux de non refoulement et de protection des réfugiés. Cependant les flux mixtes impliquent aussi divers autres groupes de migrants qui sont aussi vulnérables, tels que les migrants victimes de traite, objets de trafic, les mineurs non accompagnés (et séparés), les migrants victimes de violence (incluant la violence de genre) et de traumatismes psychologiques durant le processus migratoire, les personnes vulnérables telles les femmes enceintes, les enfants et les personnes âgées et les migrants détenus au cours de leur transit ou au moment de leur arrivée. En plus, les flux mixtes peuvent inclure des travailleurs migrants, des commerçants transfrontaliers et des migrants qui se déplacent pour des raisons environnementales. Voir, « *Migración Irregular y Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM* », octobre 2009, disponible en ligne :

[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo\\_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Smuggled%20and%20Irregular%20Migrants/IOM%20-%20Migracion%20Irregular%20y%20Flujos%20Migratorios%20Mixtos.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Smuggled%20and%20Irregular%20Migrants/IOM%20-%20Migracion%20Irregular%20y%20Flujos%20Migratorios%20Mixtos.pdf). Voir aussi, le résumé de la Conférence régionale sur la protection des réfugiés et la migration internationale dans les Amériques – « *Consideraciones de Protección en el Contexto de la Migración mixta* », San José, Costa Rica 19-20 novembre 2009. Entre autres choses, l'on y soulève que « la hausse de la migration irrégulière dans tout le continent emporte avec elle une série de défis liés à la protection, en particulier en ce qui concerne les points d'entrée » et qu'« il y a une absence de mécanismes appropriés pour identifier et répondre aux besoins spécifiques de protection de groupes déterminés tels que les victimes de traite de personnes ou les enfants et adolescents migrants non accompagnés », aux p. 4-5.

Ladite identification est particulièrement pressante en ce qui concerne les enfants dont la migration se doit à des raisons multiples, telles que : le fait d'être victime du délit de traite de personnes, de graves formes de violence dans le pays d'origine, transit ou de destination; la réunification familiale ; la quête de meilleures conditions économiques, sociales ou culturelles; fuir la pauvreté l'exclusion et la détérioration environnementale, ou d'autres formes d'abus et de persécution qui devront être qualifiées en conformité avec les principes et critères de cadres normatifs internes et du système de protection international.

Ce vaste registre de situations enjoint les États à agir et à s'assurer que l'identification soit efficace dans une approche de protection intégrale des droits des enfants. C'est-à-dire qu'avec la diligence due, l'on devrait identifier au cas par cas, le type de problème qui affecte l'enfant, les droits atteints ou potentiellement atteints (menacés), ainsi que les causes à l'origine de ces problèmes et les facteurs qui contribuent à les produire. Tout cela de manière à ce que l'identification suppose la prévention ou la première réponse à la violation des droits de l'enfant et qu'elle permette à l'État d'adopter un mode d'action conséquent avec les mesures concrètes de protection destinées à éviter l'actualisation de ces risques.

Il en découle que l'identification devrait se réaliser avant d'établir le déroulement de l'action publique, tant sur le plan social, de l'assistance à prévoir, ainsi que sur les plans humanitaire et migratoire. Cela signifie que ces procédures devront être opportunes, c'est-à-dire mise en œuvre immédiatement, puisque dans le cas contraire, l'action de l'État pourrait être mal dirigée et causer les mêmes préjudices aux droits des enfants migrants. Pour cette raison il s'ensuit que l'on soutient que ce type de procédures d'identification devrait être mise en œuvre dès les premiers contacts des autorités publiques avec les enfants, qu'il s'agisse d'autorités migratoires ou d'autres fonctionnaires.

Selon le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, les mesures minimales qui doivent être prises dans le processus initial d'évaluation, une fois qu'un enfant non accompagné ou séparé de ses parents arrive dans un pays de transit ou de destination consistent à : « déterminer à titre prioritaire si l'enfant est séparé ou non accompagné à son arrivée à un point d'entrée ou dès que les autorités prennent connaissance de sa présence dans le pays et évaluer son âge; procéder rapidement à l'enregistrement de l'enfant selon des modalités appropriées à son âge et à son sexe et établir son identité dans une langue qu'il comprend, cette tâche étant confiée à des professionnels qualifiés; recueillir des informations supplémentaires portant notamment sur les raisons pour lesquelles l'enfant est séparé ou non accompagné afin de répondre à ses besoins particuliers; et évaluer les éléments spécifiques de vulnérabilité appelant une protection – éléments d'ordre sanitaire, physique, psychosocial, matériel ou autre, y compris ceux en rapport avec la violence domestique, la traite ou un traumatisme »<sup>27</sup>.

Ces procédures d'identification, qui devraient se définir à l'intérieur du système de protection intégrale des droits, devraient aussi être appropriées pour atteindre l'objectif d'obtenir de l'information utile pour poser un diagnostic clair sur les circonstances dans lesquelles se trouve chaque enfant. Un facteur qui influera sur la pertinence de ces procédures est la formation du personnel qui interviendra dans chaque cas, ainsi que la

---

<sup>27</sup> Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, présenté au Conseil des droits de l'homme, A/HRC/11/7, au para 35.

capacité de dialoguer et d'interagir avec des enfants ayant différentes cultures et étant affectés par différentes circonstances, souvent traumatiques. À cela il faut ajouter la déférence envers la perspective de genre, dans la mesure où dans plusieurs cas il peut y avoir des circonstances de violence sexuelle ou de genre.

Il sera nécessaire que les autorités reçoivent des instructions ou directives claires pour agir, un cadre normatif clair, des outils qui facilitent leur intervention, en particulier l'identification, l'enregistrement de l'information pertinente (par exemple les facteurs de risque élevé) et des mécanismes de canalisation ou de référence aux autorités compétentes en matière de protection de l'enfance, selon le cas.<sup>28</sup>

L'information qui se recueille devrait être confidentielle et devrait en plus servir à orienter adéquatement les actions des autorités publiques. Les procédures d'identification de situation de violation de droits devraient provoquer des réponses étatiques différentes selon les besoins identifiés dans chaque cas, et dans certains cas particuliers, l'on doit prévoir des mesures urgentes et spéciales de protection pour mitiger, atténuer ou éviter l'actualisation compétente des risques, par le biais, entre autres, de mesures d'assistance et de soin d'enfant victimes de traite ou de violence.

L'éventail des risques que peuvent confronter les enfants et les besoins de protection qui en découlent peuvent être larges. Comme on l'a vu, il est possible qu'un enfant qui est victime de traite, tente d'échapper à diverses formes de violence, qu'il ait été victime de persécution, etc. Peut importe quel serait le besoin en jeu, les procédures ou mécanismes d'identification devraient assurer que ledit besoin soit connu et que l'État y réponde de manière adéquate. Dans le contexte particulier des flux mixtes, il est indispensable d'identifier les besoins en termes de protection internationale des enfants dans le cadre du droit international des droits de la personne, du droit des réfugiés ou du droit humanitaire tenant en compte des normes qui gouvernent le comportement de l'État dans ces cas.

En résumé, dès qu'un enfant ou adolescent se trouve face aux autorités publiques, celles-ci devraient agir en fonction de la protection intégrale de ses droits. Pour l'État, cela suppose d'entreprendre une procédure qui permette de déterminer le clair déroulement de l'action publique dans l'identification des enfants non accompagnés ou séparés, de ceux qui sont victimes de traite, des demandeurs d'asile ou de refuge, ou simplement migrants. À cet effet, il faudrait pouvoir compter sur du personnel ayant suivi une formation adéquate et qui procède à l'entrevue des enfants, dans un langage compréhensible, qui ne soit pas intrusive, ni intimidante, respectueuse de la perspective de genre, offrant à l'enfant l'information sur les raisons de l'entrevue et les fins de l'obtention de l'information qui devrait être confidentielle. Cette étape devrait précéder l'adoption de mesures de garde temporaire, dans la mesure où elle permet une réponse immédiate aux besoins urgents. Dans cette perspective, il importe de réaliser un examen psychophysique afin de déterminer s'il y a besoin de soins urgents en termes médicaux ou bien psychologiques dans le cas où l'on détecterait qu'un enfant a été victime d'un type de violence, par exemple de nature sexuelle.

---

<sup>28</sup> Une autre source d'influence quant à la pertinence de la procédure est l'effort étatique voué à recueillir l'information d'un contexte qui permette de déterminer des patrons ou situations de risques général pour la population migrante. La détermination de facteurs de risques peut contribuer à l'analyse qui devrait se faire dans chaque cas afin de déterminer des situations de risques particularisés et d'adopter des mesures préventives efficaces dans des cas concrets d'enfants migrants.

En plus de compter sur des mécanismes opportuns et effectifs pour identifier les risques et besoins en termes de protection internationale, les systèmes et appareils étatiques administratifs qui mettent en œuvre des politiques migratoires, devraient avoir la capacité technique pour évaluer, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'adoption de mesures spéciales de protection des droits au cours des différentes étapes ou instances d'une procédure migratoire. Cette évaluation doit spécialement être faite avant de trancher des questions qui pourraient éventuellement affecter les droits de l'enfant, tel que la résidence dans le pays de destination, l'expulsion ou rapatriement vers le pays d'origine ou de transit, ou la reconnaissance du statut de réfugié, ou encore l'octroi d'assistance temporaire ou de solutions durables ou définitives.

Le traitement différentiel des droits de l'enfant et la quête de leur protection intégrale doit mener à une évaluation stricte des conséquences juridiques, sociales, culturelles et personnelles que peut impliquer, pour l'enfant, des mesures telle la déportation, indépendamment de modalité ou du nom que l'on peut donner à cette dernière. Cet avancement et la détermination de ce qui est, selon le cas, l'intérêt supérieur de l'enfant implique nécessairement l'institution de procédures et d'accords institutionnels conformes à cet objectif<sup>29</sup>.

Dans divers pays de la région, les enfants peuvent être déportés en raison de leurs statuts migratoires ou de celui de leur famille en faisant abstraction de l'analyse d'autres facteurs fondés sur l'intérêt supérieur, et en atteignant leurs droits fondamentaux. En ce sens, sans différenciation les enfants et leurs parents reçoivent la même sanction d'expulsion en tant que peine pour avoir enfreint la loi d'immigration, tel que le défaut de permis de séjour. Cette sanction inclut une peine additionnelle: l'interdiction de retour au pays de destin pour un nombre détermine d'années. En ces cas, les enfants peuvent être punis par l'interdiction de retour au pays et ce comme conséquence de la conduite migratoire de leurs parents.

Le manquement aux lois d'entrées ou de résidence, ou de quelconque autre loi migratoire, ne devrait pas être la seule circonstance à évaluer par l'autorité administrative au moment d'ordonner une procédure de déportation de mineurs. L'expulsion ne devrait pas se concevoir comme une sanction à l'irrégularité migratoire, et le rapatriement devrait toujours être une mesure dont la pertinence doit être examinée à la lumière d'une approche dirigée vers la protection intégrale des droits de l'enfant.

Pour ces raisons, l'honorable Cour a déterminé que, «[l]es mesures de protection prises dans le for administratif doivent être en stricte conformité avec la loi et viser à conserver le lien que l'enfant entretient avec sa cellule familiale, si cela est possible et raisonnable [...]; dans le cas où la séparation s'avère nécessaire, que celle-ci soit de la durée la plus courte que possible [...]; que ceux qui interviennent dans les processus décisionnels soient des personnes qui ont la compétence personnelle et professionnelle nécessaire à l'identification des mesures recommandables en fonction de l'enfant. Tout cela permet le déroulement adéquat du droit à un procès équitable, réduit et limite convenablement le

---

<sup>29</sup> En accord avec les directives de l'Office du Haut commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), pour les fins de ce document, l'expression « procédure de détermination de l'intérêt supérieur » signifie le processus formel, doté de garanties procédurales strictes, établi pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. L'on mettra l'accent sur la prise de décisions importantes qui touchent l'enfant dans le cadre de procédures migratoires ou d'une autre nature, et qui a pour conséquence directe ou indirecte le fait de déterminer les questions liées au séjour, au retour, à un pays tiers ou au pays d'origine ou, en général des solutions durables (intégration, établissement, réunification familiale, réinstallation, relocalisation, etc.)

caractère discrétionnaire de celui-ci, et ce en conformité avec les critères de pertinence et de rationalité<sup>30</sup>.

En ce même sens, le Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme des migrants, s'est référé au principe de non refoulement ou de non expulsion d'enfants migrants en tant que mesure de caractère non punitif. Ce principe prescrit aux autorités de se diriger vers une logique de « protection », et non de « punition »<sup>31</sup>, en adaptant les objectifs des politiques d'immigration avec les droits de l'enfant.

Ainsi, il est essentiel que les procédures migratoires ou ceux qui peuvent se prononcer sur le retour ou le rapatriement d'enfants soient guidés par l'objectif de déterminer, dans chaque cas concret, qu'elle est la mesure la plus respectueuse de leurs droits. Il faut viser à ce qu'à travers de cette procédure l'on évalue, tout en respectant les garanties procédurales, l'impact qu'aura chacune des éventuelles solutions sur les enfants, tels que le rapatriement vers le pays d'origine, le renvoi au pays de provenance, l'octroi de la résidence dans le pays de transit ou de destination, l'assistance en vue de la réunification familiale dans le pays dans lequel l'enfant se trouve ou dans un pays tiers dans lequel se trouvent ses parents (relocalisation ou réinstallation).

Le Comité des droits de l'enfant a soutenu que : « [d]éterminer quel est l'intérêt supérieur d'un enfant suppose d'avoir une idée précise et complète de l'identité de l'enfant, notamment de sa nationalité, de son éducation, de son origine ethnique, culturelle et linguistique, de ses éléments particuliers de vulnérabilité et de ses besoins en termes de protection. Autoriser un enfant à entrer sur le territoire constitue une condition préalable à ce processus initial d'évaluation. Ce processus d'évaluation devrait être mené dans une atmosphère amicale et sûre par des professionnels qualifiés maîtrisant des techniques d'entretien adaptées à l'âge et au sexe de l'enfant »<sup>32</sup>.

A cette fin, l'on devrait adopter un ensemble de mesures tant dans les pays de destination d'enfants migrants, comme de transit et d'origine (tel que mentionné par le Rapporteur spécial des Nations Unies<sup>33</sup>) de sorte que, dans chaque cas, l'on puisse effectivement déterminer les alternatives qui harmonisent les objectifs des politiques migratoires avec les principes et standards fondamentaux relatifs aux droits des enfants.

En vertu de ce qui a été exposé, la première question qu'il est opportun de poser à l'honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme sur cet enjeu est la suivante :

***À la lumière des articles 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7, y 25 de la Convention américaine et des articles 1, 25 et 27 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, quelles sont les procédures à adopter afin d'identifier les différents risques pour les droits des enfants migrants, afin de déterminer leurs besoins en termes de protection internationale ainsi que pour adopter, le cas échéant, les mesures de protection spéciales requises ?***

---

<sup>30</sup> Cour IDH, Avis consultatif OC-17, au para 103.

<sup>31</sup> Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, présenté au Conseil des droits de l'homme, A/HRC/11/7, aux paras. 57 et 123.

<sup>32</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale No 6, au para 20.

<sup>33</sup> Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, présenté au Conseil des droits de l'homme, A/HRC/11/7, au para 57.

## 2. Système de garanties d'un procès équitable

Cette question se réfère à une série de garanties de base d'un procès équitable qui devraient être prises en compte lorsqu'il est question des mesures applicables aux enfants dans le cadre de procédures migratoires.

En ce sens, les normes internationales consacrent une série de conditions devant être satisfaites afin que les mesures applicables par l'État soient légitimes. Ces conditions constituent des garanties procédurales lesquelles constituent ce que l'on appelle les « garanties d'un procès équitable ». Celle-ci doit être suivie dans toutes les instances procédurales afin que les personnes puissent défendre de façon adéquate leurs droits face à n'importe quelle action de l'État qui puisse les affecter, ce qui inclut les procédures de nature migratoire.<sup>34</sup> À fortiori, la Cour interaméricaine a indiqué que c'est un attribut des États de prendre des décisions souveraines relativement à leurs politiques migratoires, « lesquelles doivent être compatibles aux normes de protection des droits de la personne établies dans la Convention américaine »<sup>35</sup>.

Les standards internationaux reconnaissent, et plus particulièrement le Système interaméricain des droits de la personne, que n'importe quelle action des organes de l'État dans un processus administratif ou juridictionnel doit respecter les garanties d'un procès équitable et que ces garanties minimales doivent être appliquées à toutes les instances dans lesquelles les droits de la personne peuvent être compromis, y compris dans les procédures de nature migratoire<sup>36</sup>. La Cour interaméricaine a souligné que, sans que cela ne nuise à l'établissement par les États de mécanismes de contrôles d'entrée et des départ des migrants « sans-papiers », les mesures prises « doivent toujours être appliquées dans le strict respect des garanties d'un procès équitable et de la dignité humaine »<sup>37</sup>.

Aussi, les garanties d'un procès équitable doivent s'appliquer et être reconnues à toutes les personnes qui se trouvent sous la juridiction d'un État, ce qui sans l'ombre d'un doute inclut les personnes migrantes peu importe leur statut migratoire<sup>38</sup>, et tout particulièrement lorsque des enfants et des adolescents sont impliqués.

À ce sujet, la Cour dans sa jurisprudence récente a clairement délimité les garanties d'un procès équitable qui doivent être respectées tout au long de la procédure migratoire. De cette manière, elle a établi que « l'officier autorisé par la loi pour exercer des fonctions juridictionnelles doit satisfaire aux caractéristiques d'impartialité et

---

<sup>34</sup> Cour IDH, Avis consultatif OC-18/03, au para 123.

<sup>35</sup> Cour IDH, Cas de mesures provisoires contre la République dominicaine, Résolution du 18 août 2000, 4<sup>e</sup> considérant.

<sup>36</sup> Cour IDH, *Affaire Baena Ricardo et autres*, Arrêt du 2 de février 2001, au para 124; *Affaire Ivcher Bronstein c. le Pérou*, Arrêt du 6 février 2001, au para 102; Avis consultatif OC-17/02, Situation juridique des droits de la personne de l'enfant, aux para 115-136; Avis consultatif-18/03, Situation juridique et droits des migrants sans-papiers, aux para 121-126.

<sup>37</sup> Cour IDH, Avis consultatif-18/03, au para 119.

<sup>38</sup> Voir à cet effet les principes établis dans le Rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire, Annexe II, Délibération N° 5 : *Situation des immigrants et demandeurs d'asile*, E/CN.4/2000/4, du 28 décembre 1999. La Cour interaméricaine a affirmé que « la large portée de l'intangibilité des garanties d'un procès équitable comprend toutes les matières et personnes, sans discrimination » (Cour IDH, Avis consultatif OC-18/03, au para 173.7). La Commission interaméricaine des droits de l'homme s'est exprimée en ce même sens (CIDH, Rapporteur spécial chargé du dossier des travailleurs migrants et des membres de leurs familles, *Segundo informe de progreso*, aux para 89-90).

d'indépendance, lesquelles doivent être présentes dans tout organe chargé de déterminer les droits et les obligations des personnes ».

Dans le même ordre d'idée, elle a signalé qu'il incombe à « toute autorité publique, qu'elle soit administrative, législative ou judiciaire, et dont les décisions peuvent avoir une incidence sur les droits des personnes, d'adopter de telles décisions dans le respect total des garanties d'un procès équitable », [...] « le procès équitable étant un droit devant être garanti à quiconque, peu importe son statut migratoire »<sup>39</sup>.

Une autre des garanties auxquelles a fait référence la Cour dans le cas dont il a été question précédemment est celle de fournir une aide juridique (d'un avocat) à la personne soumise à une procédure migratoire. À cette fin, elle a stipulé « qu'il convient de souligner l'importance d'une aide juridique dans des cas comme celui-ci, lorsqu'il s'agit d'une personne étrangère, qui peut ne pas connaître le système légal du pays et qui se trouve dans une situation aggravée de vulnérabilité se voyant privée de liberté. Cela nécessite que l'État récepteur tienne compte des particularités de la situation du migrant, afin qu'il jouisse d'un accès effectif à la justice en termes égalitaires ». De plus, elle a spécifié les caractéristiques que doit avoir la personne qui fournit une aide technique et qui assure la défense de la personne soumise à cette procédure. La Cour a également fait remarquer que « lors de procédures administratives ou judiciaires au cours desquelles une décision impliquant la déportation, l'expulsion ou la privation de liberté peut être prise, la prestation d'un service public gratuit de défense légal en faveur des personnes soumises au processus est nécessaire afin d'éviter que soit bafoué leur droit aux garanties d'un procès équitable »<sup>40</sup>.

En ce qui a trait au droit à l'information, et en particulier celui à l'information consulaire, cet honorable Tribunal a réitéré qu'il soit reconnu comme une des garanties essentielles du procès équitable qui fait la promotion d'une vraie égalité pour ceux qui sont amenés devant les tribunaux<sup>41</sup>. Conformément à cette jurisprudence, les trois composantes essentielles dudit droit de l'individu vis-à-vis de l'État sont les suivantes : « i) le droit à être informé de ses droits selon la Convention de Vienne; ii) le droit d'accéder de façon effective à une communication avec un officier consulaire; et iii) le droit à une aide juridique »<sup>42</sup>.

Pour les enfants migrants, et particulièrement pour ceux qui ne sont pas accompagnés, le droit d'être entendu (consacré dans l'article 12.2 de la Convention relative aux droits de l'enfant) revêt une pertinence particulière et est intimement lié à l'adéquation des procédures dont il a été question au paragraphe précédent et qui visent à identifier les risques d'atteinte aux droits, les besoins de protection internationale, et l'examen strict des conséquences que peuvent avoir les mesures prises au cours de la démarche migratoire.

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, aux para 142 et 143.

<sup>40</sup> *Ibid.*, aux para 132 et 146.

<sup>41</sup> Il convient de spécifier que le droit à l'information consulaire, fondamental pour les étrangers en général, ne s'applique pas aux réfugiés. L'avis consultatif OC-16 de la Cour IDH ne dit rien à ce propos.

<sup>42</sup> *Ibid.*, aux para 152 et 153. Il convient de signaler que la Cour a clarifié sur ce point que ces standards ne s'appliquent pas aux personnes détenues ou retenues et qui ont sollicité une mesure de protection internationale. Si elles sont détenues, ces personnes jouissent des droits sous la Convention de Vienne. Nonobstant, il y a d'autres considérations pour protéger leurs intérêts, mais la Cour n'estime pas qu'il soit pertinent de les examiner dans cette décision.

Également à propos des enfants non accompagnés ou séparés de leur famille, il est de la plus haute importance, afin de garantir efficacement leurs droits, de leur offrir un accès rapide et gratuit à une aide juridique, et de leur assigner un tuteur et un représentant légal aux fins de défendre leurs droits, leurs intérêts et qui veillera à leur bien-être<sup>43</sup>.

Il convient également de tenir compte que le retard dans l'adoption de ces mesures représente une menace à la sécurité des enfants, les exposant ainsi au risque d'être victime de traite ou d'autres abus<sup>44</sup>. Ces garanties doivent être prises en compte également dans le cadre de toutes les procédures, spécialement afin de déterminer l'option la plus adéquate au cas.

Comme l'a souligné la Cour dans l'exercice de ses fonctions consultatives, les garanties reconnues aux articles 8 et 25 de la Convention doivent être reliées aux mesures de protection spéciale établies dans l'article 19, on doit ainsi adopter des mesures spéciales pour la protection spécifique des droits de l'enfant. Des mesures qui nécessitent un traitement différent en vertu de ses conditions particulières<sup>45</sup>.

En ce sens, la Cour a signalé dans l'affaire *Rosendo Cantú c. le Mexique* que « [l']obligation de protéger l'intérêt supérieur des enfants au cours de toute procédure au cours de laquelle ils seraient impliqués peut inclure, *inter alia* : i) fournir l'information et mettre en œuvre les procédures adéquates en les adaptant à leurs besoins particuliers, en garantissant qu'ils bénéficient d'une aide juridique et d'une autre nature à tout moment, selon leurs besoins; ii) particulièrement dans le cas où les enfants ont été victimes de délits tels des abus sexuels ou d'autres formes de mauvais traitement, garantir que soit exercé le droit d'être entendu afin d'assurer leur pleine et entière protection, en prenant soin que le personnel soit formé et habilité pour les prendre en charge et que les salles d'entrevues présentent un environnement sûr, non intimidant, non hostile, non insensible ou inadéquat; et iii) réduire au minimum le nombre d'interrogatoires afin d'éviter, dans la mesure du possible, la re-victimisation ou des conséquences traumatiques chez l'enfant »<sup>46</sup>.

Par ailleurs, un problème récurrent auquel se confronte les enfants migrants concerne le débat autour des modalités et critère pour la détermination de leur âge. Dans plusieurs cas, les enfants se trouvent dans le pays de transit ou de destination sans aucun document qui puisse attester de leur identité et de leur âge, ce qui implique généralement qu'on les traite comme des adultes et qu'ils ne reçoivent donc pas l'attention et protection conformes à leur statut. À cet effet, le Comité des droits de l'enfant a établi que la détermination de l'âge de l'enfant doit prendre en compte non seulement l'aspect physique de l'individu, mais aussi sa maturité psychologique, et que l'évaluation doit se faire en fonction de critères scientifiques, avec certitude et impartialité en étant attentif au respect de ses droits et aux considérations de genre, en évitant tout risque de violation de son intégrité physique, en respectant sa dignité

---

<sup>43</sup> *Comité de los Derechos del Niño* (Comité des droits de l'enfant), Observation générale N° 6: *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (Traitement des mineurs non accompagnés ou séparés de leur famille à l'extérieur de leur pays d'origine), au para 63.

<sup>44</sup> En accord avec l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation 1703 (2005), *Protection et assistance pour les enfants séparés demandeurs d'asile*.

<sup>45</sup> Cour IDH, Avis consultatif OC-17, aux paras. 95-96.

<sup>46</sup> Cour IDH, *Affaire Rosendo Cantú* (et autres) *c. le Mexique*. Exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens. Arrêt du 31 août 2010, au para 201.

humaine et, en cas d'incertitude, en octroyant à l'individu le bénéfice du doute de sorte que face à la responsabilité d'établir l'âge avec certitude, on le traite comme un enfant<sup>47</sup>.

**En vertu de ce qui a été exposé, la deuxième question concrète que l'on formule à cette honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme à ce sujet est la suivante :**

***À la lumière des articles 1, 2, 7, 8, 19 et 25 de la Convention américaine et de l'article 25 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, quelles sont les garanties d'un procès équitable qui devraient s'appliquer dans les procédures migratoires qui impliquent des enfants migrants ?***

### **3. La non-détention des enfants. Standards pour l'application de mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure migratoire**

La détention de migrants est explicitement ou implicitement interdite dans certains pays<sup>48</sup>. Dans d'autres pays on admet la possibilité de détention en tant que mesure conservatoire destinée à garantir l'exécution d'une décision qui est adoptée dans le contexte d'une procédure migratoire (entrée au pays, octroi de la résidence, et, en particulier les procédures d'expulsion ou de déportation).

L'étude de la possibilité de détention de migrants en tant que mesure conservatoire doit se faire sous une perspective restrictive de dernier ressort, et seulement dans le cas où l'on ne pourrait appliquer des mesures alternatives plus flexibles qui devraient s'appliquer de façon prioritaire ou que l'application de ces dernières ait été inefficace. Cela est important pour éviter l'usage abusif et/ou arbitraire des détentions administratives en tant que dispositif de contrôle ou de gestion des flux migratoires<sup>49</sup>.

À cet effet, il faut souligner que la récente jurisprudence de l'honorable Cour a établi que la mesure privative de liberté doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être adéquate, nécessaire et proportionnelle<sup>50</sup>. Ainsi, la Cour a manifesté que « la criminalisation de l'entrée irrégulière dans un pays dépasse l'intérêt légitime des États à contrôler et réguler l'immigration irrégulière et peut donner lieu à des détentions non nécessaires » et que « [l]a détention des migrants en raison de leur statut irrégulier ne devrait sous aucune circonstance avoir un caractère punitif »<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 (2005), au para 31.

<sup>48</sup> Venezuela, Loi sur les étrangers et migration (No. 37.944, 2004, art. 46). Il y a des pays qui dans leur législation d'immigration ne prévoient pas la détention (Bolivie, Décret suprême No. 24.423, 1996 ; Pérou, Décret législatif No. 703, 1991 ; Uruguay, Loi 18 250, 2008). D'autres pays telle l'Argentine, établissent le principe général en vertu duquel au cours de la procédure (administrative ou judiciaire) d'expulsion, la personne ne doit être privée de liberté (Loi, 25.871), 2004.

<sup>49</sup> Dans le rapport préparé à la demande du Parlement européen, l'on souligne, qu'en vertu du droit international des droits de la personne et le droit international de réfugiés, la détention devrait être l'exception à la règle et seulement être utilisée comme derniers recours lorsque les mesures alternatives plus flexibles ont échoué. La détention de migrants ne doit être exploitée comme politique pour gérer les flux migratoires (Steps Consulting Social, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, Bruxelles, décembre 2007, à la p. 209).

<sup>50</sup> Cour IDH, *Affaire Vélez Loor c. le Panama*, supra note 7, au para 167.

<sup>51</sup> *Ibid.*, au para 169, où la Cour se réfère au Rapport du groupe de travail sur la détention arbitraire, Annexe II, Délibération N° 5 : *Situation des immigrants et demandeurs d'asile*, E/CN.4/2000/4, du 28 décembre 1999, et au Rapport présenté par la Rapporteuse spéciale des Nations Unies, Gabriela

Aussi la Cour a défini, dans ce même cas, les principes de nécessité et de proportionnalité de la mesure privative de liberté et de la détermination de la plus courte durée de celle-ci. De cette manière, elle a indiqué que « l'on déduit de ce principe que la détention de personnes pour manquement aux lois d'immigration ne devrait jamais s'appliquer à des fins punitives. Ainsi, les mesures privatives de liberté pourront seulement être utilisées lorsque elles sont nécessaires et proportionnelles au cas particulier et aux fins mentionnées ci dessus, et uniquement au cours d'une procédure ayant la plus courte durée que possible »<sup>52</sup>.

L'examen qui devra être effectué lorsque des enfants seront impliqués, suppose que pour qu'une mesure quelconque restrictive à liberté puisse être utilisée, elle doit être appliquée uniquement comme une mesure de dernier recours, une fois que l'on aura déployé tous les efforts possibles pour employer des mesures de protection des droits dans un milieu familial et communautaire ou des alternatives à toute forme de privation de liberté<sup>53</sup>.

Dans tous les cas, toutes les réponses étatiques face à ces hypothèses et l'éventuelle privation de liberté d'enfants migrants à des fins conservatoires, demanderait en premier lieu, qu'une loi autorise et régle cette possibilité<sup>54</sup>, et tel qu'on l'a déjà souligné, que de manière expresse l'on n'y fasse recours qu'en tant qu'option de dernier recours, en donnant priorité aux mesures qui ne suppriment pas le droit à la liberté personnelle<sup>55</sup>. Ladite loi devrait aussi établir les motifs particuliers qui habiliteraient les autorités compétentes à faire appel à cet extraordinaire et dernier recours. Ainsi, l'application d'un de ces motifs dans chaque situation devrait être fondée et justifiée dans les circonstances individuelles y afférentes afin de s'assurer avec certitude qu'il s'agit d'une limite nécessaire pour offrir une protection adéquate aux droits de l'enfant et qui constitue une mesure proportionnelle à l'objectif visé.

De cette façon, l'examen du caractère raisonnable de la mesure devra se faire à partir de principes généraux du droit international des droits de la personne, tel le principe *pro homine* et le principe d'intégralité et d'interdépendance de ces droits, qui dans ce contexte se verraient reflétés dans le principe *favor libertatis* (en protégeant un droit

---

Rodríguez Pizarro, en vertu de la résolution 2002/62 de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2003/85, 30 décembre 2002, au para 73 (dossier de preuve, Tome V, annexe 22 du dossier de demandes d'arguments et preuves, folio 1993.)

<sup>52</sup> *Ibid.*, au para 171.

<sup>53</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, art. 37 et 40.4; Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, Assemblée Générale, Résolution 45/113, 14 décembre 1990, règles 1.2 et 17; Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), AG, Résolution 40/33, 29 novembre 1985, règles 13.1 et 19; Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Résolution 2002/23, Protection internationale des réfugiés, 2002, à la p.4; Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, E/CN.4/1999/63, du 18 décembre 1998, à la p.78; Cour IDH *Affaire Instituto de Reeducación del Menor* (Panchito López) c. Le Paraguay, Arrêt du 2 septembre 2004, (Exceptions préliminaires, fond, réparations et frais et dépens), aux para 228-231; Cour IDH *Affaire Bulacio c. L'Argentine*, Arrêt du 18 septembre 2003, au para 133.

<sup>54</sup> La condition de loi pour la restriction d'un droit fondamental a été soutenue en détail par le Cour interaméricaine des droits de l'homme, entre autres organismes internationaux. Voir, entre autres, Cour IDH, Avis Consultatif OC-6/86, L'expression de « lois » dans l'article 30 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, du 9 mai 1986.

<sup>55</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1509 (2006), *Droits fondamentaux des migrants irréguliers*, 27 juin 2006, au para 12.4; Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *20 principes directeurs sur le retour forcé*, septembre 2005, principe directeur 11.

fondamental tel que la liberté personnelle<sup>56</sup>). C'est avec ce principe, que les experts, mandatés par le Parlement européen pour élaborer un rapport exhaustif qui a impliqué la visite et l'évaluation de près de 130 centres de détention de migrants de l'Union européenne, ont, dans leurs conclusions, souligné d'une part que la détention d'enfants et de familles « devrait être interdite », et d'autre part que la privation de liberté ne pourrait en aucune manière participer à l'« intérêt supérieur de l'enfant », dans la mesure où elle touche ses droits fondamentaux, ce qui justifie que l'on doive recourir à des mesures d'une autre nature<sup>57</sup>.

Lorsque les enfants migrants se trouvent accompagnés de leurs parents, l'on justifie la privation de leur liberté par la référence à un équilibre entre le principe de l'unité familiale (c'est-à-dire le droit à la vie familiale) et l'intérêt étatique à contrôler la migration irrégulière. Néanmoins, de tels arguments ne devraient être invoqués au détriment des autres standards auxquels nous nous référons dans ce document.

À cet effet, au moment où les autorités compétentes devront prendre des décisions, il faudrait examiner le droit de l'enfant à une unité familiale, son droit à un niveau approprié de développement, son droit à l'éducation, à la santé, aux loisirs et de se livrer au jeu, entre plusieurs autres. Par conséquent, la sauvegarde de l'unité familiale, dans le but de garantir les droits de l'enfant, devrait prévaloir sur la détention de la famille sans faire appel à des mesures privatives de liberté. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des migrants a signalé que l'on doit faire tous les efforts afin de libérer l'enfant et sa famille des centres de détention et les installer dans des logements plus appropriés pour des familles et leurs enfants<sup>58</sup>. Tel qu'indiqué antérieurement, d'aucune manière l'on ne pourrait entendre que la privation de liberté créerait un environnement propice à l'exercice adéquat des droits de l'enfant<sup>59</sup>. Par exemple l'on a observé que la privation de liberté d'enfants a un effet préjudiciable sur leur développement émotionnel, et leur bien-être physique dans la mesure où ils peuvent éprouver, entre autres conséquences psychophysiques, des dépressions, des changements de comportement, des désordres de diverses natures, une perte de poids, le refus de s'alimenter, une privation de sommeil, ainsi que des problèmes dermatologiques et respiratoires<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Le droit à la liberté personnelle jouit d'une protection spéciale au regard du droit international (et constitutionnel), étant donné qu'il est considéré comme un droit primordial pour la démocratie et l'État de droit, et par conséquent, des mesures restrictives de ce droit peuvent seulement être adoptées en des circonstances particulières et avec le respect convenant de conditions substantielles et formelles.

<sup>57</sup> *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, à la p. 22, (Recommandations aux États membres) et à la p. 210, (Recommandations aux institutions européennes).

<sup>58</sup> *Mission to the United States of America, A/HRC/7/12/Add.2*, 5 mars 2008, au para 125, (traduction libre).

<sup>59</sup> *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones)*, à la p. 22. Aussi, selon UNICEF Australie, la détention d'enfants et d'adultes dans les mêmes lieux ne participe pas au meilleur intérêt de l'enfant, puisque la détention d'enfants est intrinsèquement indésirable, pour un ensemble de motifs. La seule option serait de laisser l'enfant libre accompagné de sa famille. À cette fin, l'on doit mettre de l'avant des alternatives à la détention qui prendront en compte toutes les facettes de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui inclut la préservation de l'unité familiale (UNICEF, *Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention*, traduction libre).

<sup>60</sup> *Alternatives to immigration detention of families and children*, A discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and Refugees, Supported by the No Place for a Child Coalition, juillet 2006, à la p. 9.

Quant aux enfants migrants non accompagnés ou séparés de leurs parents, les organismes internationaux soulignent, en tant que principe général, que ces enfants ne devraient jamais être privés de liberté<sup>61</sup>. Dans ce cas, tel qu'indiqué dans le point suivant, les États doivent adopter des mesures de protection des droits des enfants et prévoir des réponses adéquates qui priorisent des moyens reposant sur la famille et la communauté et non l'hébergement en institution jusqu'à ce que se résolve de manière définitive leur statut, que ce soit par le retour au pays d'origine dans des conditions sécuritaires, ou bien par la normalisation de leur statut migratoire et l'ultérieure adoption de mesures de protection à caractère permanent.

En ce même sens, des organismes spécialisés tel que le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, ont indiqué que les enfants ne doivent pas être détenus pour des motifs migratoires, et que leur intérêt supérieur doit mener à l'adoption de mesures alternatives, qu'ils soient accompagnés ou séparés, tout en veillant à favoriser l'unité familiale<sup>62</sup>.

**À cet effet, la troisième question qu'il convient de poser à cette honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme sur cet enjeu est la suivante :**

***Comment doit-on interpréter, à la lumière des articles 1, 7, 8, 19 et 29 de la Convention américaine et de l'article 25 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, le principe de la détention comme dernier recours en tant que mesure conservatoire dans le contexte de procédures migratoires lorsque des enfants sont impliqués et qu'ils se retrouvent avec leurs parents, et lorsque des enfants impliqués ne sont pas accompagnés ou lorsqu'ils sont séparés de leurs parents ?***

#### **4. Mesures de protection des droits qui ne restreignent pas le droit à la liberté**

Le devoir primordial des États consiste à concevoir des politiques qui assurent la protection des droits des enfants et des adolescents, sans toutefois que ces politiques prévoient la privation de leur liberté. Ainsi, l'État doit disposer de mesures obligatoires et alternatives à tout processus de mise en institution qui seront applicables avant la mise en institution, afin d'éviter de recourir à toute forme de restriction de la liberté.<sup>63</sup> À cet égard, dans l'affaire *Vélez Loor c. le Panama*, la Cour Interaméricaine a statué que dans le but d'éviter toute mesure restreignant le droit à la liberté personnelle des adultes

---

<sup>61</sup> Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, E/CN.4/1999/63/Add.3, à la p.37. Voir aussi, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, E/CN.4/2003/85, au para 75. a.

<sup>62</sup> UNICEF, *Examples of Good Practices in the Implementation of the International Framework for the Protection of the Rights of the Child in the Context of Migration*, Draft, New York, 18 juin 2010, [www.unicef.org/socialpolicy/files/UNICEF\\_Good\\_Practices\\_Children\\_HRs\\_and\\_Migration\\_June\\_2010.pdf](http://www.unicef.org/socialpolicy/files/UNICEF_Good_Practices_Children_HRs_and_Migration_June_2010.pdf); Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, présenté au Conseil des droits de l'homme, A/HRC/11/7, 14 mai 2009.

<sup>63</sup> En ce sens, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a déjà questionné les États quant à la pertinence de recourir « automatiquement » à la détention d'immigrants qui ne disposent pas des documents exigés pour entrer au pays ou pour y séjourner. En revanche, ce comité a déjà recommandé que la détention ne devrait être appliquée qu'en dernier recours pour ainsi prioriser d'autres solutions qui n'impliquent pas la privation de la liberté. CEDR, Observations finales, Bahamas, CEDR/C/64/CO/1, 28 avril 2004, au para 17.

migrants, il est « essentiel que les États disposent d'un ensemble de mesures alternatives. »<sup>64</sup>

Plus particulièrement, les États ont l'obligation de concevoir et de mettre en œuvre des mécanismes de protection particulière des enfants migrants. Ces mécanismes consisteraient en des mesures alternatives de protection des droits d'enfants migrants qui seraient en conformité avec les obligations prévues par le droit international.

À cet égard, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des migrants<sup>65</sup> a déjà énoncé que les politiques des États doivent inclure des options expressément appropriées pour les enfants migrants, qu'ils soient accompagnés ou non de leur famille.

Les décisions portant sur les mesures de protection des droits des enfants devront tenir compte de certaines précautions quant à la légalité, le caractère raisonnable, et le droit à un procès équitable. Ainsi, pour assurer qu'une mesure porte une atteinte minimale aux droits, à plus forte raison si cette dernière porte atteinte à la liberté de mouvement, elle devra être, en premier lieu, prévue par la loi dans laquelle l'on établira l'obligation d'appliquer prioritairement la mesure la moins restrictive. Deuxièmement, si l'on décidait de ne pas appliquer la mesure la moins restrictive, cette décision devrait être dûment fondée par les organes administratifs et judiciaires, ce qui suppose que la restriction de la liberté soit, elle aussi, fondée. De cette manière, l'on assure les garanties pour contester ladite décision, tout comme la garantie juridique à être entendu et à ce que les allégations dudit enfant soient prise en compte tout au long du processus qui implique ce dernier.

Afin d'éviter la détention préventive, l'on devrait mettre en place, prioritairement, des solutions alternatives basées sur la famille et la communauté<sup>66</sup> tels: la recherche d'une famille élargie dans le pays d'accueil ou d'une présence de figures affectives susceptibles de prendre en charge l'enfant; l'hébergement de l'enfant par des familles d'accueil; l'exigence d'une caution juratoire (obligation sous serment devant une autorité compétente); la garantie de présence des personnes migrantes (enfants et parents) durant toutes les étapes du processus (administratifs et judiciaires) liée à son entrée ou à son séjour dans le pays, ce qui pourrait supposer de faire acte de présence de manière périodique auprès d'une institution publique; ou encore, la désignation d'un garant, entre autres.

**Par conséquent, la quatrième question qu'il convient de soumettre à cette honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme sur cet enjeu est la suivante:**

***À la lumière des articles 2, 7, 19, 25 et 29 de la Convention Américaine et de l'article 25 de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, quelles caractéristiques doivent avoir les mesures alternatives appropriées de protection des droits de l'enfant, qui constitueraient une réponse prioritaire de l'État afin d'éviter toute restriction au droit de circulation ? Quelles sont les***

---

<sup>64</sup> Cour IDH, *Affaire Vélez Loor c. le Panama*, supra note 7, au para 171.

<sup>65</sup> Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, A/HRC/11/7, 14 mai 2009, aux para 60-62.

<sup>66</sup> O.N.U., A/Res/64/142, Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, 24 février 2010, aux para 53 et suivants, et l'Avis consultatif 17, au para 73.

## **garanties d'un procès équitable qui devraient s'appliquer dans le processus décisionnel en rapport avec les mesures alternatives à la détention ?**

### **5. Obligations de l'État en cas de garde d'enfants pour des motifs migratoires**

Les standards internationaux exigent que toute personne se trouvant sous la garde de l'État soit traitée de manière humaine, dans le respect de la dignité, des droits et garanties fondamentaux. Ainsi, si l'on tient compte de la position particulière de garant qu'ont les États, ces derniers doivent respecter et garantir la vie et l'intégrité personnelle de toute personne qui soit sous leur garde. Cela suppose que l'adoption de mesures appropriées tienne compte non seulement de l'endroit où la personne est hébergée, mais aussi des conditions mises en œuvre par l'État à cet égard.<sup>67</sup>

Or, dans le cas des personnes migrantes, comme il a déjà été signalé, l'État ne peut les maintenir en détention préventive qu'à des conditions exceptionnelles exigeant des mesures de précaution et de satisfaction de bon nombre de conditions formelles et substantielles, ce qui peut donner lieu à fournir certains types d'hébergements temporaires. Néanmoins, il existe certains standards spécifiques à garantir en ce qui a trait à l'endroit où ces mesures devraient être appliquées, dont certains se réfèrent concrètement aux enfants.

En ce sens, il est opportun de noter, en premier lieu, que les personnes migrantes ne peuvent être hébergées dans des établissements pénitentiaires, ou encore dans d'autres lieux destinés à des personnes ayant été condamnées ou accusées d'avoir commis des infractions de nature pénale.<sup>68</sup> La détention dans ce type d'établissement s'avère absolument « incompatible avec les garanties minimales des droits de la personne »<sup>69</sup>. La Cour Interaméricaine a statué qu'« à moins d'être nécessaire et approprié dans un cas donné, les migrants devraient être détenus dans des établissements spécifiquement destinés à des fins proportionnelles à leur situation légale, sans jamais être détenus dans des prisons communes ou d'autres établissements où les migrants seraient mis en contact avec des personnes accusées ou condamnées pour des délits pénaux, et dont la finalité est manifestement incompatible avec la possible nature de la détention d'une personne en raison de sa situation migratoire. Ce principe de séparation satisfait pleinement aux différentes finalités de privation de la liberté »<sup>70</sup>. Cette Cour a conclu à l'effet que les États ont l'obligation de disposer d'établissements publics destinés exclusivement aux cas de

---

<sup>67</sup> La Cour IDH soutient que « le traitement vis-à-vis un détenu doit être assujéti à un examen des plus stricts, en tenant compte de sa vulnérabilité particulière. L'État doit d'autant plus garantir cet examen lorsque le détenu est mineur ». Cette Cour ajoute que « ces circonstances imposent à l'État une obligation d'exercer sa fonction de garant en adoptant les soins que réclament la vulnérabilité, la méconnaissance, l'absence de défense qui caractérisent naturellement, en pareilles circonstances, les mineurs ». Cour IDH, *Affaire Bulacio c. l'Argentine*, au para 126.

<sup>68</sup> Comisión interamericana des droits de l'homme (CIDH), *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Resolución 01/08, mars 2008, Principe XIX. Voir aussi la Convention internationale pour la protection des droits de tous les travailleurs et des membres de leur famille, article 17; CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias en el Hemisferio*, au para. 110 et Groupe de travail sur la détention arbitraire, principe no 9.

<sup>69</sup> CIDH, Résolution 03/08. Voir aussi, *Segundo Informe de Progreso*, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias de la CIDH, au para 110.

<sup>70</sup> Cour IDH, *Affaire Vélez Loo c. le Panama*, supra note 7, au para 208.

détention au cours d'une procédure migratoires et de tenir ces personnes à l'écart des centres pénitentiaires.<sup>71</sup>

En ce qui concerne les conditions d'hébergement, il a été établi que les migrants privés de liberté ne doivent en aucun temps être exposés à des circonstances susceptibles d'atteindre leurs droits fondamentaux, de même qu'à des risques compromettant leur intégrité physique ou leur vie<sup>72</sup>. À ce sujet, la Commission Interaméricaine des droits humains a déjà fait allusion aux conditions appropriées d'hébergement temporaire des migrants, où il a été souligné que « la responsabilité qui repose sur les États est celle de garantir que les détenus, en particulier ceux qui le sont pour des raisons administratives, ne soient exposés à des conditions qui atteignent leurs droits fondamentaux et qui compromettent leur intégrité physique ou leur vie »<sup>73</sup>. La Cour Interaméricaine a souligné que « même si la privation de liberté implique souvent, comme conséquence inévitable, une limitation de la jouissance d'autres droits humains, incluant le droit à la liberté personnelle, les lieux de détention, dans le cas des personnes privées de libertés dans le cadre exclusif des questions migratoires, doivent néanmoins être conçus de manière à garantir les conditions matérielles ainsi qu'un régime adéquat pour le statut juridique des détenus, et dont le personnel est qualifié, tout en cherchant à d'éviter autant que possible la désintégration des noyaux familiaux. Par conséquent, l'État est dans l'obligation d'adopter des mesures positives spécifiques, concrètes et orientées afin de garantir la jouissance et l'exercice des droits dont la restriction n'est pas un effet collatéral de la privation de liberté, ce qui assurerait également que cette restriction n'augmente pas le risque d'affectation au droit à l'intégrité et bien-être personnel et familial des personnes migrantes ».<sup>74</sup>

Dans les cas spécifiques des mineurs, il est primordial de considérer les principes généraux (intérêt supérieur de l'enfant, la protection spéciale ou spécialité ainsi que la protection intégrale des droits) au moment de concevoir et développer les conditions dans lesquelles une mesure devra être appliquée en des circonstances si exceptionnelles : il s'agit, en effet, d'enfants, soumis à des conditions de grande vulnérabilité qui, dans les pires cas, ont enfreint une norme administrative.

Concernant les enfants migrants qui sont, avec leurs parents et sous la garde de l'État, dans des pays de transit ou de destination, divers principes doivent être interprétés harmonieusement et dans le cadre des standards du droit international des droits de la personne. Ces principes soulignent, entre autres, que « tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans intérêt supérieur de l'enfant » (article 37.c de la *Convention relative aux droits de l'enfant*)<sup>75</sup>; que les enfants détenus ne peuvent être séparés de leurs parents<sup>76</sup>, ainsi que l'obligation de garantir le droit à la vie en famille (articles 9, 11 et 18 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*). Les États devraient disposer d'endroits et de ressources

<sup>71</sup> Cour IDH, *Affaire Vélez Loor c. le Panama*, supra note 7.

<sup>72</sup> Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, A/HRC/7/4 aux para 57 et 58. Voir aussi, CIDH, Relatoría Especial para Trabajadores Migratorios, *Segundo Informe de Progreso*, au para 99.

<sup>73</sup> CIDH, Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios, *Segundo Informe de Progreso*, au para 94.

<sup>74</sup> Cour IDH, *Affaire Vélez Loor c. le Panama*, supra note 7, au para 209.

<sup>75</sup> Dans le même ordre d'idées : la Cour IDH a établi que « pour sauvegarder les droits des enfants détenus, spécialement leur droit à l'intégrité personnelle, il est indispensable qu'ils soient séparés des détenus adultes ». Cour IDH, Avis consultatif OC-17/02, Condition juridique et les droits de la personne de l'enfant, au para 28.

<sup>76</sup> CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Principio XIX.

adéquats permettant l'hébergement des familles afin de préserver le noyau familial. De cette manière, les principes qui permettent d'éviter toute restriction à la liberté des enfants devraient être déterminants au moment de statuer sur la situation des parents bien plus que sur leur condition migratoire. Au lieu de priver de liberté les enfants pour qu'ils accompagnent leurs parents, l'on devrait explorer des moyens adéquats pour garantir la protection des droits des enfants. Cela éviterait d'imposer des restrictions aux droits des enfants en raison du statut migratoire de leurs parents. C'est pourquoi les États devraient adopter des mesures alternatives à la détention des parents afin d'assurer que le groupe familial puisse jouir de sa liberté durant tout le processus migratoire.<sup>77</sup>

Quant aux conditions où l'on restreint la liberté des enfants, il s'avère indispensable de veiller à certaines questions. En premier lieu, les règles du lieu, les autorités compétentes, les espaces, les horaires, les activités, et bien plus, doivent être conçus en fonction des droits de l'enfant. Pour cela, la participation directe des organismes et autorités chargées de la protection intégrale de l'enfant constitue un préalable incontournable.

Aussi, dans le cas des enfants migrants non accompagnés, le Comité des droits des enfants a déjà signalé que des «[d]es dispositions spéciales doivent être prises pour mettre en place des quartiers adaptés aux enfants permettant de les séparer des adultes, à moins qu'il ne soit pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de procéder de la sorte ». De plus, «Les installations ne devraient pas être situées dans des zones isolées, ni être dépourvues d'accès à des ressources communautaires appropriées culturellement et d'accès à une assistance juridictionnelle. Les enfants devraient avoir la possibilité d'entretenir des contacts réguliers et de recevoir la visite d'amis, de parents, de leur conseiller religieux, social ou juridique et de leur tuteur ». Par ailleurs, quant à l'exercice des droits fondamentaux des enfants dans pareilles circonstances, le Comité a souligné le droit des enfants migrants d' « avoir la possibilité de se procurer tous les articles de première nécessité, ainsi que de bénéficier, au besoin, d'un traitement médical et de conseils psychologiques appropriés. Durant leur détention, les enfants ont le droit à l'éducation, laquelle devrait idéalement être dispensée en dehors des locaux de détention afin de faciliter la poursuite de l'éducation à la libération. Les enfants ont également le droit aux loisirs et au jeu, conformément à l'article 31 de la Convention »<sup>78</sup>.

Dans tous les cas, si l'on suit les linéaments du Comité, il est primordial de souligner que toute mesure applicable aux enfants migrants doit être assortie d'une série de politiques publiques qui assurent autant la détermination des espaces que les conditions d'hébergement (tout comme la cause qui justifie une telle décision) puissent être orientées selon le principe du respect de tous les droits reconnus par le droit international des droits de la personne et non pas par le principe de « privation de la liberté » des enfants.<sup>79</sup> Pour cela, comme l'a déjà d'ailleurs statué la Cour

---

<sup>77</sup> Selon le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, les familles migrantes avec enfants ne devraient pas être hébergées dans des établissements semblables à des prisons, mais plutôt dans des établissements alternatifs et appropriés à leur condition. *Mission of the United States of America*, 2008 au para 125. Voir aussi : UNICEF Australia, *Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention*.

<sup>78</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 (2005) au para 63.

<sup>79</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 (2005) au para 63. Ce même Comité a recommandé à Mexico que les enfants cherchant l'asile ainsi que ceux qui n'ont aucun statut migratoire régulier, « ne soient pas placés dans des centres de rétention et à ce qu'ils aient accès à des structures

Interaméricaine, les personnes chargées des centres accueillant des enfants migrants doivent être compétentes pour accomplir les tâches assignées<sup>80</sup>. La garantie effective et la prestation de ces obligations, principes et standards requièrent l'adoption de politiques par les États à partir d'un cadre juridique approprié. Il s'avère vraiment difficile de répondre à de telles exigences sans le développement de mesures créant des espaces aptes pour le soin et la protection sociale intégrale des droits des enfants migrants, ainsi que d'assurer l'accès notamment au droit à l'éducation, à la détente et à la santé.

Ainsi, la Cour IDH, dans l'Avis consultatif n° 17, a arrêté que « la protection efficace et opportune des intérêts des enfants et de la famille doit être offerte de concert avec l'intervention des institutions dûment qualifiées, lesquelles soient dotées de personnel compétent et d'installations répondant aux divers besoins, des moyens appropriés et de l'expérience pertinente dans ce genre de tâches [...] Il s'avère insuffisant que ces institutions soient des organismes juridictionnels ou administratifs : il est nécessaire que ces dernières puissent compter sur les éléments nécessaires à la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cette même Cour a insisté sur la disposition de l'article 3 de la Convention des droits des enfants selon laquelle « Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la garde des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié ».<sup>81</sup>

**Par conséquent, la cinquième question que l'on soumet à cette honorable Cour Interaméricaine des droits de l'homme sur cet enjeu est la suivante :**

***Quelles sont les conditions de base auxquelles devraient répondre les espaces d'hébergements des enfants migrants, et quelles sont les obligations principales qu'ont les États en ce qui a trait aux enfants (seuls ou accompagnés) qui se trouvent sous la garde de l'État pour des motifs migratoires, et ce à la lumière des articles 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 et 19 de la Convention américaine et des articles 1 et 25 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ?***

## **6. Garanties d'un procès équitable face à des mesures qui emportent des restrictions à la liberté personnelle d'enfants pour motifs migratoires**

---

d'accueil et à une prise en charge spécifiques ». (Observaciones finales : Mexique, CRC/C/MEX/3, du 8 juin au para 61.d). Voir aussi, Cour Suprême de l'Afrique du Sud (Transvaal Provincial Division), affaire *Center for Child Law and Isabelle Ellis v. The Minister for Home Affairs and others*, Case no 22866/2004, 8 septembre 2004.

<sup>80</sup> La Cour IDH, dans la décision *Panchito López*, au para 211, définit le terme « formation spéciale » de la manière suivante : « ceux qui dispensent cette formation doivent être formés et habilités à leur tour dans le champ des droits de la personne des enfants ainsi que dans celui de la psychologie de l'enfant afin d'éviter tout abus lié à la discrétion et assurer ainsi que les moyens prévus dans chacun des cas soient convenables et proportionnels ». Tiré de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), adoptées par l'Assemblée Générale dans la résolution 40/33 du 28 novembre 1985, Règle 6.3, et de l'article 40.4 de la *Convention des droits de l'enfant*.

<sup>81</sup> Cour IDH, Avis consultatif OC-17, au para 78.

Dans les questions précédentes, nous avons fixé notre position relative au besoin d'affirmer le principe d'interdiction de détention des enfants pour des raisons migratoires.

Sur ce point, nous visons à consolider cette règle en demandant à la Cour Interaméricaine des droits de l'homme une définition plus précise quant aux garanties du procès équitable qui puissent être directement applicables afin de réviser et mettre en question les décisions susceptibles d'impliquer des restrictions ou d'éventuelles privations de liberté des enfants pour des motifs migratoires, ou dans le cadre des procédures migratoires.

Dans ses récents jugements, l'honorable Cour Interaméricaine s'est référée à la liste de garanties d'un procès équitable applicables aux décisions des autorités migratoires qui apportent des restrictions ou encore des privations à la liberté personnelle des migrants. Par exemple, la Cour a signalé que pour « satisfaire l'exigence de l'article 7.5 de 'comparaître' sans délai devant un juge ou tout autre fonctionnaire autorisé par la loi afin d'exercer des fonctions judiciaires, le détenu doit comparaître personnellement devant l'autorité compétente, laquelle aura à entendre les allégations du détenu et évaluer toutes les explications fournies par ce dernier afin de décider d'ordonner la libération ou le maintien de la privation de liberté ».<sup>82</sup>

Dans ce précédent, la Cour a établi que toute révision de ce type de mesures restrictives des droits doit être de nature judiciaire : « le Tribunal estime que la révision menée par un juge ou un tribunal est un pré requis fondamental afin de garantir un contrôle et un examen adéquat des actes accomplis par l'administration et qui affectent les droits fondamentaux »<sup>83</sup>.

Nous entendons que, lorsque la liberté personnelle de l'enfant est en jeu, l'application de ce système de garanties procédurales en lien avec les restrictions de la liberté personnelle devrait contenir un ensemble d'éléments spécifiques et différenciés.

Par conséquent, en plus des garanties substantives et procédurales qu'exigent les standards internationaux pour d'éviter l'application de dispositifs ou mesures arbitraires, d'autres mécanismes spécifiques de protection devraient être envisagés afin d'adapter lesdites garanties à la situation particulière des enfants.

Par ailleurs, en vertu de certaines mesures, notamment l'hébergement dans les centres d'assistance ou dans les centres de rétentions frontaliers qui restreignent la liberté de circulation, il est important de mentionner que l'article 37 de la *Convention relative aux droits l'enfant* stipule le droit de tout enfant à contester la légalité de la privation de sa liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière. Cette garantie comprend également le droit à un recours effectif afin d'empêcher toute détention arbitraire.<sup>84</sup> L'intervention judiciaire, à titre d'autorité compétente à statuer sur l'éventuelle privation de liberté ou pour vérifier dans les plus brefs délais la légalité et le caractère raisonnable

---

<sup>82</sup> Cour IDH, *Affaire Vélez Loor c. le Panama*, au para 109.

<sup>83</sup> *Ibid.*, au para 126.

<sup>84</sup> Sur le droit au recours effectif, voir la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'homme aux articles 25 et 13, respectivement des Conventions américaine et européenne. À titre d'exemple, voir l'Avis consultatif OC-18/03 de la Cour IDH (au para 126) et l'arrêt *Conka c. la Belgique* (CEDH, arrêt n° 51564/1999, 5 février 2002.)

de la mesure dictée par un organisme administratif, suppose aussi une garantie essentielle dans le cadre des mécanismes de contrôle migratoire, surtout si la mesure implique des enfants. Comme il a été signalé plus haut dans la section II.4, la décision de l'autorité compétente (administrative et/ou judiciaire) de ne pas appliquer une mesure alternative à la détention doit aussi pouvoir donner lieu à l'utilisation de recours efficaces pour mettre en question pareille décision.

Parmi les garanties procédurales, l'on doit inclure le droit d'être informé sur les motifs et les raisons d'application de la mesure dans un langage qui soit accessible aux enfants, de même que le contrôle judiciaire immédiat par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, et préalablement établi par la loi. L'on doit aussi inclure le droit à être entendu et le droit à ce qu'une tierce personne dûment informé sur l'application de toute mesure, à plus forte raison si la liberté de la personne a été restreinte (cela peut inclure, par exemple un avocat et/ou le consul du pays d'origine, selon le cas), le droit à obtenir de l'assistance juridique gratuite et à bénéficier, au besoin, de l'aide d'un interprète.

Le droit d'établir un contact avec un membre de la famille ou avec un adulte proche est essentiel lorsqu'il s'agit de mineurs. Dans ces cas, autant l'autorité qui a procédé à la détention que celle qui est responsable de l'endroit où l'enfant héberge, doit notifier immédiatement les membres de la famille ou les représentants de l'enfant. La finalité de cette notification consiste dans le fait que les enfants puissent recevoir opportunément l'assistance de la personne contactée.<sup>85</sup>

Il est important de rappeler que les enfants migrants jouissent aussi du droit à l'assistance consulaire, droit dont jouit d'ailleurs toute personne qui est détenue à l'extérieur de son pays d'origine.<sup>86</sup> L'existence de ce droit implique, pour la personne qui est sous la garde de l'État, quelque soit la modalité, la possibilité de communiquer avec un fonctionnaire consulaire, à l'exception des cas de réfugiés. L'État, dans lequel a eu lieu la détention, a l'obligation d'informer le détenu sur le droit d'assistance consulaire et d'assurer les moyens nécessaires afin de garantir une défense effective.<sup>87</sup>

Cela dit, lorsque des enfants et adolescents sont sous la garde de l'État, toute décision adoptée exige que le développement de mesures et de mécanismes puisse assurer, avant et durant l'exécution desdites mesures, les garanties fondamentales d'un procès équitable adaptées à la situation et à l'âge de la personne, en se centrant sur la protection spéciale des droits dont l'enfant est titulaire, sans égards à son statut migratoire.

**Par conséquent, la sixième question que nous soumettons à cette honorable Cour Interaméricaine de droits de l'homme sur cet enjeu est la suivante :**

---

<sup>85</sup> Cour IDH, *Le droit à l'information relatif à l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable*, Avis consultatif OC-16/99, 1<sup>er</sup> octobre 1999, au para 106. Voir : *Affaire Bulacio c. l'Argentine*, au para 130; et, *Affaire los Hermanos Gómez Paquiyauri c. le Pérou*, arrêt du 8 juillet 2004, au para 93.

<sup>86</sup> Article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, et, l'article 16.7 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

<sup>87</sup> Selon la Cour interaméricaine, ce droit, à l'instar du droit à l'assistance d'un traducteur lorsque la personne (l'enfant, en l'espèce) méconnaît la langue dans laquelle se déroule la procédure, est fondé sur la nécessité de « reconnaître et résoudre les facteurs d'inégalités réels de ceux qui sont traduits en justice » afin d'atteindre les objectifs du processus satisfaisant le principe d'égalité devant la loi et les tribunaux ainsi que l'interdiction de toute forme de discrimination (Cour IDH, OC-16/99, au para 119).

***À la lumière des articles 1, 2, 7, 8, 19 et 25 de la Convention américaine et de l'article 25 de la Déclaration des droits et devoirs de l'homme, quelles sont les garanties d'un procès équitable qui devraient régir les procédures migratoires impliquant des enfants, lorsqu'on applique dans ces procédures des mesures qui restreignent la libertés personnelles des enfants ?***

## **7. Le principe de non-refoulement concernant les enfants migrants**

Les garanties d'un procès équitable constituent aussi une sauvegarde essentielle pour le respect du principe de non refoulement, une norme impérative du droit international.

À cet égard, la Convention américaine prévoit dans son article 22.8 qu' « en aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques.» La Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture reconnaît le principe de non-refoulement dans son article 13, alinéa 4. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants accepte aussi le principe de non refoulement dans son article 3. Ces normes enjoignent l'État à réaliser une identification des besoins de protection intégrale des droits des enfants.

En examinant le traitement que les États devraient accorder aux enfants non accompagnés, le Comité des droits de l'enfant a mis l'accent sur la prohibition d'effectuer des renvois en raison desquels les droits de l'enfant pourraient courir des risques de préjudice. C'est pour cette raison, que le Comité a souligné l'importance d'effectuer au préalable une évaluation sérieuse sur le risque que peut représenter une mesure de renvoi. En même temps, d'après le Comité, un tel risque ne se limiterait pas à la possible perte de la liberté ou à la transgression de droits tels que l'intégrité physique ou la vie, mais « le risque de violation grave devrait être apprécié eu égard à l'âge et au sexe de l'intéressé, par exemple en tenant compte des conséquences particulièrement graves pour les enfants d'une alimentation insuffisante ou d'une carence des services de santé. [...] Le retour dans le pays d'origine ne doit en principe être organisé que s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour déterminer si tel est le cas, il faut notamment se baser sur [l]a situation en matière de sûreté, de sécurité et autre, notamment socioéconomique, attendant l'enfant à son retour »<sup>88</sup>.

De cette manière, aucun enfant pourra être expulsé à un territoire dans lequel, sa vie, sa survie, son développement intégral ou sa liberté soient en danger, non seulement par crainte d'être soumis à des tortures et à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, mais aussi en raison de l'absence d'éléments essentiels pour un développement digne et normal.

Au moment d'examiner s'il est opportun d'adopter une mesure de renvoi, l'on considère que les États sont obligés à tenir compte de ces circonstances, dont l'évaluation est

---

<sup>88</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale 6, aux para. 27 et 84.

incontournable si l'on aspire à identifier une solution respectueuse des droits de l'enfant concernés et qui sont potentiellement affectés.<sup>89</sup>

Les enfants qui n'auront pas obtenu le statut de réfugié et qui ne peuvent pas exiger d'autres moyens de protection complémentaire internationale, doivent être traités en accord avec les autres obligations qu'impose la protection intégrale de leurs droits.

Tel que cela a été exprimé par le Comité des droits de l'enfant, si l'enfant ne satisfait pas les conditions pour l'obtention du statut de réfugié tel que prévu dans la Convention de 1951, son Protocole de 1967 ou la définition plus large de la législation ou pratique interne applicable, les enfants doivent jouir de la protection complémentaire disponible dans la mesure déterminée par leurs besoins en termes de protection (art. 22.8 de la Convention américaine, article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ainsi que d'autres instruments de protection de droits de la personne et les normes du droit interne pouvant être applicables).

**En vertu de ce qui vient d'être exposé, la septième question formulée à cette Honorable Cour interaméricaine de droits de l'homme sur cet enjeu est celle qui suit :**

***Quelle est la portée et le contenu du principe de non refoulement à la lumière des articles 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 et 25 de la Convention américaine, de l'article 13 alinéa 4 de la Convention Interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, et des articles 1, 25 et 27 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, quant à l'adoption de mesures qui puissent impliquer le retour d'un enfant à un pays déterminé ?***

## **8. Procédures d'identification de besoins en termes de protection internationale de réfugiés**

Dans le point I de cette section on fait référence aux procédures d'identification des besoins de protection internationale des enfants migrants en général. Dans ce point-ci on met en application ladite procédure au cas concret des enfants réfugiés à la lumière des devoirs spécifiques établis dans l'article 22.7 de la Convention américaine des droits de l'homme.

Actuellement, un des plus grands défis de la protection internationale des réfugiés est d'identifier les personnes ayant besoin de protection internationale à l'intérieur des flux migratoires mixtes, ainsi que d'identifier leurs besoins spécifiques. À cet effet, on devrait adopter des mesures pour instituer des systèmes d'admission permettant d'identifier les nouveaux arrivants ayant des besoins en termes de protection internationale dans le but de leur procurer des solutions appropriés et différentielles conjointement avec d'autres

---

<sup>89</sup> À cette fin, les enfants, leurs familles ou tuteurs, ainsi que leurs représentants légaux, devront avoir à leur disposition l'information et les outils pouvant leur permettre de considérer ces variables afin de demander une évaluation exhaustive du cas. Tout ceci, dans le cadre du respect des garanties d'un procès équitable, et particulièrement du droit de l'enfant à être entendu.

solutions pouvant s'appliquer à d'autres groupes impliqués dans les mouvements mixtes.<sup>90</sup>

Les enfants avec des besoins de protection à titre de réfugiés qui ont pu être identifiés, ont fait demande d'asile ou de reconnaissance de leur statut de réfugiés, ou qui pourraient avoir besoin de le faire, sont couverts par l'article 22.7 de la Convention américaine qui se réfère au droit de demander et de recevoir l'asile<sup>91</sup>. Le lien existant entre le droit d'asile tel qu'il est consacré dans les différents instruments régionaux de droits de la personne et la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et son Protocole de 1967 a été reconnu et mis en évidence dans la jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme<sup>92</sup>.

Dans le cas des enfants couverts par l'article 22.7 de la Convention américaine, les États doivent assurer l'identification des enfants qui ne peuvent ou ne veulent retourner à leur pays d'origine en raison de leur crainte fondée d'être persécutés, selon les termes de la définition du statut de réfugié prévue dans la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967, en relation avec l'article 22 de la Convention relative aux droits de l'enfant. De cette manière, les États devraient identifier les enfants qui rassemblent les éléments d'une définition plus élargie, telle que prévue dans les législations ou pratiques internes qui, en général, considèrent comme réfugiés, les personnes ayant fui leur pays d'origine parce que leur vie, sécurité, liberté ont été menacées par une forme de violence généralisée, d'agression étrangère, de conflits internes, de violation massive des droits de la personne ou encore par d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public.

Pour la mise en œuvre d'actions destinées à assurer la protection internationale des enfants, l'adoption de la série de précautions suivantes s'avère décisive : l'identification de besoins spéciaux en termes de protection, l'orientation vers le système d'asile, le traitement des demandes par un processus différentiel qui considère les besoins spécifiques des enfants réfugiés, l'examen de la demande sous l'angle des critères substantiels déjà mentionnés qui recouvrent la définition de « réfugié ».

À cela, l'on doit ajouter, ce qui a déjà été signalé au point I de la demande d'avis consultatif, qui souligne les besoins d'évaluation stricte, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et du principe de protection spéciale des différents moyens qui pourraient être adoptés au cours des procédures administratives migratoires. Le cas échéant, cette protection comprendrait aussi la démarche de reconnaissance d'asile ainsi que les arrangements institutionnels afin de fournir des solutions temporaires et des solutions durables.

---

<sup>90</sup> Voir UNHCR, La Protection des réfugiés et les mouvements migratoires mixtes: un plan d'action en dix points, 2007.

<sup>91</sup> En conformité avec la doctrine qui fait autorité en la matière, cet article de la Convention établit le cadre général du droit à chercher et à obtenir l'asile qui se voit complété par les « conventions internationales » auxquelles elle fait référence et qui seraient la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés de 1951 et son Protocole de 1967 comme *lex specialis*. Voir, Lonardo Franco (coord.), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, UNLA, ACNUR, Siglo XXI Editores Argentina, 2003.

<sup>92</sup> La jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme s'est référée a ce lien, entre autres, dans les cas suivants : dans le rapport no 27/93 du cas 11.092, *Joseph c. le Canada*, du 6 octobre 1993 ; le rapport no 51/96 du cas 10.675 du *Comité haïtien des droits de l'homme (et autres) c. les États-Unis d'Amérique*, du 13 mars 1997; le rapport 6/02 du cas 12.071, 120 citoyens cubains et 8 haïtiens détenus aux Bahamas, du 3 avril 2002 ; et le rapport no 43/04 du cas 301/2002 de *Rumaldo Pacheco Osco (et autres) c. la Bolivie*, du 13 octobre 2004.

Ainsi, l'on requiert, dans ce domaine, une claire définition des mesures et des actions que les États devraient adopter en matière d'identification des besoins et risques à des fins de protection internationale des droits des enfants<sup>93</sup>.

**Conformément à ce qui a été exposé, la huitième question que nous soumettons à cette honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme sur cet enjeu est la suivante :**

**À la lumière de l'article 22.7 de la Convention américaine et de l'article 27 de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, quelles caractéristiques devraient avoir les procédures à employer lorsqu'une potentielle demande d'asile ou reconnaissance de statut de réfugié d'un enfant migrant est identifiée ?**

## **9. Droit à la vie familiale des enfants dans le cas de l'expulsion des parents**

Les États prennent régulièrement de nombreuses décisions dans le domaine des politiques migratoires concernant l'arrivée, le séjour ou le départ des migrants. Ces décisions ont une incidence sur le droit à la vie familiale en ce qui a trait à son union ou à sa séparation. Ce droit a été largement reconnu par toute la communauté internationale, soit plus particulièrement par les États de l'Amérique latine et des Caraïbes. Pour cette raison, la Déclaration universelle des droits de l'homme, tout comme les divers traités relatifs aux droits de la personne, envisagent le droit de toute personne à la vie familiale et conséquemment, ont fixé les obligations de protection, de respect et de garantie que les États ont envers toutes les personnes qui se trouvent sous leur juridiction<sup>94</sup>.

Il convient de rappeler que la Cour interaméricaine a signalé que les États ont, à l'intérieur de leur responsabilité d'assurer la protection et le respect des droits des enfants, l'obligation de favoriser le plus possible le développement et la cohésion de la cellule familiale, considérant sa reconnaissance comme élément naturel et fondamental de la société et que le droit de la famille à la protection de l'État « constitue un principe fondamental du Droit international des droits de la personne »<sup>95</sup>.

La Cour a également souligné que « [l']enfant a le droit de vivre avec sa famille, cette dernière étant appelée à satisfaire ses besoins matériels, affectifs et psychologiques. Le

---

<sup>93</sup> D'autres éléments d'un système de protection pour enfants avec des besoins de protection à titre de réfugié comprennent, entre autres, la désignation d'un tuteur, la prestation de surveillance et d'un soin temporaire, les documents personnels, la recherche et la confirmation des relations familiales, l'identification et la mise en place des solutions durables, fournir à l'enfant l'information de la décision adoptée et en contrôler l'implantation. Cf. *Directives du HCR sur la Détermination Formelle de l'Intérêt Supérieur de l'Enfant*, mai 2006.

<sup>94</sup> Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme; articles 8, 9, 10, 16, entre autres, de la Convention relative aux droits de l'enfant; articles 11 et 17 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; article 16 du Protocole de San Salvador en matière de droits économiques, sociaux et culturels; articles 17 et 23 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques; article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, article 44.

<sup>95</sup> Cour IDH, Avis consultatif OC-17/02, au para 66.

droit de toute personne à recevoir une protection contre des ingérences arbitraires ou illégales au sein de sa famille fait partie, implicitement, du droit à la protection de la famille et de l'enfant [...]. Ces dispositions sont d'une pertinence particulière si l'on analyse la séparation de l'enfant de sa famille »<sup>96</sup>. En définitive, la Cour affirme que « l'enfant doit demeurer dans sa cellule familiale, sauf s'il existe des raisons déterminantes, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'opter pour le séparer de sa famille. Dans tous les cas, la séparation doit être exceptionnelle, et préférablement, temporaire »<sup>97</sup>.

Concrètement, la Convention relative aux droits de l'enfant établit dans son l'article 9 que les États doivent veiller à ce que les enfants ne soient pas séparés de leurs parents contre leur gré, sauf lorsqu'une violation des droits de l'enfant survenue dans son milieu familial a été démontrée, notamment lorsque interviennent des circonstances qui causent préjudice à la santé physique ou mentale de l'enfant ou de l'adolescent ou menacent d'y porter atteinte, ou lorsque l'enfant aurait été victime d'abus ou de mauvais traitement de la part de ses parents. De cette manière, dans ces cas, sous réserve de révision judiciaire, les autorités compétentes déterminent conformément à la loi et aux procédures applicables si la séparation est nécessaire. Cela implique que des dispositions exceptionnelles visant à séparer les enfants des parents pourraient être prises si les conditions suivantes sont présentes : tout d'abord, elles devront être prévues dans la loi; ensuite, la décision devra être prise en respectant les garanties d'un procès équitable (autant celles des enfants que des parents); finalement, ladite résolution devra pouvoir être révisée par une autorité judiciaire.

Une série de conséquences découlera de cette décision. L'une d'entre elles consiste à ce qu'il soit impossible de conclure que la séparation provoquée par l'expulsion des parents en raison de leur irrégularité migratoire constitue la mesure la plus adéquate et la plus respectueuse des droits de l'enfant. En vertu du critère d'*ius solis* qui s'applique presque partout en Amérique latine et dans les Caraïbes, les enfants nés dans les pays de destination ne peuvent pas en être expulsés puisqu'ils possèdent la nationalité de ce pays. C'est pourquoi ils ne bénéficieraient d'aucune façon de l'expulsion de leurs parents; bien au contraire, cela porterait atteinte aux droits reconnus dans divers instruments internationaux cités précédemment et violerait, entre autres, les articles 9, 11 et 18 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

De son côté, la Commission interaméricaine a fait remarquer que les procédures d'expulsion des adultes migrants doivent garantir que les droits et intérêts de leurs enfants soient pris en compte, car la décision aura un impact dramatique sur leur bien-être et leur développement. Elle a souligné qu'un État ne peut pas laisser aux parents (devant être expulsés) le choix entre, d'une part, « l'amour et les soins » accordés à leurs enfants dans un contexte de pauvreté et, d'autre part, « les avantages de la santé, de l'éducation et du bien-être » des enfants dans un pays offrant des services de santé et d'éducation efficaces. Pour cette raison, la Commission met en évidence la pertinence d'inclure la perspective et les intérêts de l'enfant dans ces processus<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, au para 71.

<sup>97</sup> *Ibid.*, au para 77.

<sup>98</sup> CIDH, Rapport sur la situation des droits de la personne des demandeurs d'asile dans le cadre du système canadien de détermination du statut de réfugié, du 28 février 2000. Aussi, CIDH : *Wayne Smith, Hugo Armendariz, et autres c. les États-Unis*, du 12 juillet 2010, aux para 158 y 159.

Les mesures d'expulsion des parents sont les résultats de justifications difficiles si l'on considère correctement certains principes du droit international des droits de la personne, tel le principe *pro homine* ou le principe de proportionnalité. Si comme le soutient le Cour interaméricaine en appuyant les Principes directeurs de Riyad<sup>99</sup>, « la famille est l'unité centrale chargée de l'intégration sociale primaire de l'enfant » et ainsi « les gouvernements et la société doivent tenter de préserver » son intégrité, il sera dès lors évident qu'une infraction administrative (dans ce cas, l'irrégularité migratoire) ne représenterait pas une conduite justifiant une mesure qui impliquerait la séparation entre les parents et les enfants<sup>100</sup>. La Commission interaméricaine a indiqué que les habilitations de l'État en matière de contrôle de l'arrivée, du séjour et de l'expulsion d'étrangers doivent jauger le préjudice qu'il peut causer vis-à-vis des droits des personnes impliquées dans le cas particulier, y compris vis-à-vis du droits à la vie familiale. Cela exige, entre autres choses, de recourir au principe de raisonnable<sup>101</sup>, ainsi qu'aux autres principes qui proviennent des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne.

Par ailleurs, comme il a déjà été mentionné, la Convention relatives aux droits de l'enfant exige que la séparation des parents et des enfants soit prévue par la loi, qu'elle soit le résultat d'un procès respectueux des garanties fondamentales et qu'elle prévoit une intervention judiciaire et que la cause de la séparation soit justifiée par l'existence d'une violation des droits de cet enfant dans le cadre de la vie familiale.

Le droit des enfants à ne pas être séparés de leurs parents et le principe d'unité familiale doivent donc recevoir une pondération stricte dans l'examen de la situation migratoire des parents, spécialement lors de la prise de mesures telle que l'expulsion.

**Enfin, la neuvième question que nous avons estimée opportun de formuler à cette honorable Cour interaméricaine des droits de l'homme sur le présent enjeu est la suivante :**

***À la lumière des articles 8, 17, 19 et 25 de la Convention américaine et des articles 6 et 25 de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme, quelle portée devrait-on conférer à la protection du droit des enfants à ne pas être séparés de leurs parents dans les cas où une mesure de déportation pourrait s'appliquer à un ou aux deux géniteurs en raison de leur statut migratoire ?***

---

<sup>99</sup> Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile. (Principes directeurs de Riyad) adoptés et proclamés par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/112 du 14 septembre 1990.

<sup>100</sup> Cour IDH, Avis consultatif OC-17/02, au para 67.

<sup>101</sup> Selon la CIDH, si l'on interprète conjointement la Déclaration américaine et la Convention relative aux droits de l'enfant, « dans les cas où la prise de décisions implique une séparation potentielle d'une famille, l'interférence résultante dans la vie familiale peut se justifier uniquement lorsqu'elle est nécessaire à la satisfaction d'un besoins urgent de protéger l'ordre public et lorsque les moyens sont proportionnels à la fin. L'application de ces critères par divers organismes de supervision des droits de la personne indique que cet équilibre doit tenter d'être atteint au cas par cas et que les raisons qui justifient l'interférence dans la vie familiale doivent être très sérieuses. » (CIDH, Rapport sur la situation des droits de la personne des demandeurs d'asile dans le cadre du système canadien de détermination du statut de réfugié, au para 166).

### **III. Conclusions**

Relativement à ce qui a été exposé, nous demandons formellement à cette honorable Cour qu'elle considère la présente demande d'avis consultatif comme formulée en vertu de l'article 64.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et que s'engage la procédure prévue.