Avis de la Commission Consultative des Droits de l'Homme sur le projet de loi no 4137 « sur la promotion des droits de l'enfant et la protection sociale de l'enfance »

La Commission Consultative des Droits de l'Homme (CCDH) s'est saisie du projet de loi no 4137 «sur la promotion des droits de l'enfant et la protection sociale de l'enfance» en vue d'élaborer un avis, conformément aux attributions qui lui ont été dévolues par le règlement du gouvernement en conseil du 26 avril 2000.

Pour élaborer cet avis, la CCDH a pris connaissance, outre des travaux préparatoires relatifs au projet de loi sous examen, de certaines législations étrangères sur le sujet et de la pratique de défenseurs des droits de l'enfant dans d'autres pays européens. Elle a, en particulier, établi des contacts avec la « Défenseure des enfants » en France, Mme Claire Brisset, qui a séjourné au Luxembourg, les 4 et 5 octobre 2001.

En préparant son avis, la Commission a constaté qu'en date du 1er août 2001, le gouvernement avait par ailleurs procédé au dépôt d'un projet de loi n° 4832 «relative à la mise en place d'un Médiateur au Luxembourg». Ceci, ensemble avec le souci d'assurer une certaine cohérence entre deux textes susceptibles de présenter des points d'interférence, a amené la CCDH à s'intéresser à l'institution du médiateur en général, telle qu'elle existe d'ores et déjà dans la majorité des pays européens. Pour autant, et en particulier afin de ne pas retarder excessivement son avis sur le projet de loi n° 4137, la CCDH a décidé de ne pas couvrir moyennant un seul et même avis les projets de loi n° 4137 et 4832, mais de consacrer son avis uniquement à l'Ombudspersonne pour les droits de l'enfant. Aussi ne sera-t-il, dans le présent avis, fait référence à l'institution du médiateur en général et au projet de loi n° 4832 en particulier, que lorsque (i) les orientations et dispositions de ce dernier mériteraient, selon la CCDH, d'être reprises dans le cadre du projet de loi n° 4137 et (ii) lorsqu'il importe de veiller aux interférences susceptibles de naître du recoupement du domaine d'application des deux textes.

1) La CCDH a noté avec satisfaction que dans sa teneur actuelle, le projet de loi se limite à la mise en place d'une structure de défense des droits des enfants, abandonnant de ce fait des dispositions d'ordre général, concernant une réforme de différents services de

consultation de l'Etat. Elle partage le point de vue du Conseil d'Etat qui souhaite que l'intitulé du projet de loi soit modifié en conséquence afin d'être mis en relation avec son contenu. La «promotion des droits de l'enfant» recouvre en effet un champ d'action qui dépasse, et de loin, l'étendue du projet de loi sous examen. Pour d'évidentes raisons de rigueur et de clarté, la CCDH souhaite donc que l'intitulé du projet soit modifié suivant la proposition faite par le Conseil d'Etat, à savoir «Projet de loi portant institution d'un médiateur pour les droits de l'enfant appelé "Ombudspersoun fir d'Rechter vum Kand"».

2) La CCDH se félicite du fait que la mission conférée au nouvel organe à mettre en place (pour ce qui est de cet organe, cf. ci-après sub. 3.) ait, suite en particulier aux propositions du Conseil d'Etat, connu une évolution importante par rapport au texte originaire du projet de loi. Celui-ci ne conférait, en somme, au comité qu'il comptait mettre en place que des attributions d'ordre relativement général concernant les droits et le bien-être de l'enfance et des enfants en général, par opposition aux problèmes concrets rencontrés par tel ou tel enfant en particulier. Le Conseil d'Etat avait relevé à juste titre que tel que prévu, «*Le comité est (…) plutôt un observatoire et un organisme consultatif qu'un véritable médiateur tel qu'il est défini dans les différentes législations nationales et communautaires*» (doc. parl. n° 4137-13, commentaire de l'article 4).

Tel que le texte a été modifié suite aux propositions du Conseil d'Etat, la nouvelle institution se voit désormais également confier la mission d'examiner des situations individuelles et de recevoir des réclamations en provenance, notamment, des enfants concernés. De manière significative cependant, les attributions d'ordre général (article 3, littera a, b, c, d et e) précèdent toujours et dépassent en nombre celles qui sont habituellement conférées à un médiateur (article 3, littera f, g et h). Par contraste, l'article 1er de la loi française du 6 mars 2000 instituant un «Défenseur des Enfants» privilégie clairement l'aspect «réclamations individuelles» tout en permettant au Défenseur des Enfants d'extrapoler à partir des situations individuelles dont il obtient connaissance pour formuler par la suite des propositions d'ordre plus général tendant à améliorer, par exemple, le cadre légal et réglementaire existant.

L'approche française, tendant à mettre en place un véritable médiateur pour les droits de l'enfant, paraît nettement préférable à la CCDH en termes d'efficacité et d'effectivité. Pour cette raison, la CCDH propose qu'on procède tout au moins à un renversement de

l'ordre dans lequel les missions du nouvel organe sont énumérées en les replaçant dans l'ordre suivant: g, h, f, c, a, b, e, d.

3) Contrairement à la position persistante des rédacteurs du projet, la CCDH n'est pas favorable à la création d'un « Ombuds-Comité fir d'Rechter vum d'Kand »: la forme collégiale d'un tel comité ne lui paraît pas « la mieux adaptée » à la situation de notre pays.

La CCDH rappelle qu'initialement les auteurs du projet de loi n'entendaient guère conférer au nouvel organe, qu'ils voulaient mettre en place, d'attributions en rapport avec des réclamations individuelles. Dans cette approche, la mise en place d'un Comité, «observatoire et organisme consultatif», pouvait se comprendre. Il en va tout autrement lorsque, comme le texte le prévoit désormais, l'une des fonctions principales du défenseur des droits de l'enfant consiste à recevoir les réclamations provenant des enfants concernés, et à les instruire.

Comme au Conseil d'Etat, et à l'ensemble des organisations œuvrant pour la promotion des droits des enfants qui se sont exprimées sur le projet de loi, il paraît indispensable à la CCDH que les enfants puissent s'adresser à une Ombudspersonne : il doit s'agir d'un interlocuteur direct, d'une personne de référence, susceptible de gagner leur confiance. C'est le choix qu'ont d'ailleurs fait la plupart des pays d'Europe.

La CCDH ne partage aucunement la crainte qu'une personne seule serait soumise à trop de pressions. La CCDH est au contraire convaincue que seule la formule d'un véritable médiateur, entouré d'une équipe de personnes échappant à leur tour à tous conflits d'intérêts, est de nature à conférer à l'institution l'indépendance que le gouvernement dit vouloir lui reconnaître. C'est en effet à juste titre que, dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat s'est interrogé non seulement sur la disponibilité, mais encore sur l'indépendance des membres d'un Comité qui assurent leur fonction "à côté d'une autre affectation ou d'un emploi dans un autre service" (document parlementaire n° 4137-17, page 2), très probablement dans le domaine de la protection de l'enfance, ce qui les mettra inéluctablement aux prises avec des conflits d'intérêts.

C'est uniquement en profitant d'un espace d'indépendance et d'autonomie réelle, défini clairement par la loi, qu'un défenseur, « visible », pourra exercer sa mission dans

l'intérêt exclusif de l'enfant. Pour cette raison, la CCDH souhaiterait que le projet de loi reprenne par ailleurs le texte de loi français en ce qu'il précise que, dans l'exercice de sa mission, « le défenseur ne reçoit d'instructions d'aucune autorité ». La CCDH a d'ailleurs noté que cette formule avait également été retenue par les rédacteurs du projet de loi n° 4832 «relative à la mise en place d'un Médiateur au Luxembourg», dont l'article 1er paragraphe (2) dispose que «*Le Médiateur, qui est rattaché à la Chambre des Députés, ne reçoit, dans l'exercice de ses fonctions, d'instructions d'aucune autorité*». Le fait que le médiateur, tel que prévu par le projet de loi n° 4832, soit à son tour constitué par une personne physique bien identifiable, conforte d'ailleurs la CCDH dans sa conviction qu'il y a lieu de faire le même choix pour ce qui est du défenseur des droits de l'enfant.

4) Toujours afin d'en garantir l'indépendance et à l'instar de ce qui est prévu pour le médiateur dont le projet de loi n° 4832 prévoit la mise en place, la CCDH pense que le Défenseur des droits de l'enfant devrait être nommé par le Grand-Duc sur proposition de la Chambre des Députés. Le défenseur devrait pouvoir disposer d'une équipe de 3 collaborateurs au moins, de formations diverses dont il aurait le choix: nécessairement un juriste, mais aussi des personnes ayant œuvré dans le travail social ou dans l'enseignement (enseignant(e), éducateur(-trice), thérapeute, assistant(e) social(e), psychologue, ...). Il devrait aussi pouvoir s'appuyer sur un secrétariat doté d'un poste administratif. Le fonctionnement de cette structure devrait être assuré par une ligne budgétaire, accordée et contrôlée par la Chambre des Députés. Il semble opportun à la CCDH que le défenseur des droits de l'enfant présente à la Chambre des Députés un rapport annuel sur ses activités et sur la situation des droits de l'enfant, le 20 novembre, journée internationale des droits des enfants. Ce rapport, rendu public, serait transmis au gouvernement.

5) La CCDH se prononce pour la mise en place, aux côtés du Défenseur des droits de l'enfant, d'un « comité de sages », composé de personnes qualifiées dans le domaine de la protection de l'enfant (magistrats, avocats, fonctionnaires des ministères concernés, responsables d'ONG, professionnels du social et de la santé, enseignants, …) qui auraient un rôle consultatif auprès de lui, sans pour autant pouvoir empiéter sur ses compétences et/ou lui donner des instructions.

6) S'agissant de la durée du mandat, la CCDH constate que la loi française du 6 mars 2000 prévoit, pour le Défenseur des Enfants, un mandat de six ans non renouvelable. Le

caractère non renouvelable d'un mandat est toujours considéré comme une garantie particulière d'indépendance. La CCDH se demande donc si le projet de loi luxembourgeois ne devrait pas faire le même choix.

7) La CCDH est d'accord avec l'idée que le Défenseur exerce sa fonction à l'exclusion de toute intervention dans une procédure judiciaire en cours. Pas plus d'ailleurs, le Défenseur ne pourra-t-il remettre en cause une décision de justice. La loi française en particulier prend soin de préciser explicitement ce dernier point, tout en précisant en un autre endroit qu'une réclamation individuelle adressée au Défenseur des droits de l'enfant n'interrompt pas les délais de recours devant les juridictions compétentes.

Cette séparation entre les fonctions du Défenseur des droits de l'enfant et la fonction judiciaire ne doit cependant pas être mal comprise. Elle ne signifie pas, en particulier, que parce qu'une affaire est pendante en justice ou parce qu'une affaire a donné lieu à une décision de justice, le Défenseur des droits de l'enfant ne pourrait pas intervenir du tout.

Ainsi, la prohibition faite par pratiquement toutes les législations aux médiateurs d'intervenir dans des procédures engagées devant une juridiction, ne doit pas pour autant l'empêcher de faire des recommandations à l'autorité concernée quant au comportement qui devrait être le sien, ni de tenter de rechercher, parallèlement à l'instance en cours, un règlement amiable du litige (Chapus, Droit administratif général, 6^{e} édition, n° 523, p. 349; cf. aussi article 10 de la loi française du 6 mars 2000). Il arrive, en effet, qu'une solution adéquate et équitable à un problème donné ne puisse pas intervenir en justice, en raison, par exemple, de l'existence d'un cadre légal et réglementaire incomplet ou inadapté. En pareille hypothèse, le Défenseur des droits de l'enfant peut jouer utilement son rôle en rapport avec une situation particulière, tout en se préoccupant par la suite d'une modification, à moyen terme, du cadre légal ou réglementaire. L'examen du rapport annuel 2001 du Défenseur des Enfants français permet, sur base des exemples y donnés, de constater qu'alors même qu'il n'appartient pas au Défenseur de l'enfant, d'empiéter sur les attributions de la justice, il ne peut pas y avoir de cloisonnement pur et simple entre l'institution judiciaire et un défenseur des droits de l'enfant qui veut exercer une fonction effective et efficace.

8) A partir du moment où le Luxembourg sera doté, outre d'un Défenseur des droits de l'enfant, d'un Médiateur au sens large, il faudra se préoccuper de la répartition des tâches entre les deux institutions.

Selon les articles 1er et 2 du projet de loi n° 4832 «relative à la mise en place d'un Médiateur au Luxembourg», le Médiateur pourra être saisi d'une réclamation par toute personne qui estime qu'à l'occasion d'une affaire qui la concerne, une administration ou un établissement public n'a pas fonctionné correctement. De la sorte, il y aura incontestablement un recoupement avec la compétence du Défenseur des droits de l'enfant qui, par application de l'article 3 du projet de loi n° 4137, aura en particulier compétence pour recevoir des réclamations relatives aux atteintes portées aux droits de l'enfant, y compris du fait du fonctionnement incorrect de services étatiques ou communaux.

En France, l'article 3 de la loi du 6 mars 2000, ainsi qu'une convention conclue entre le Médiateur de la République et le Défenseur des Enfants prévoient que les réclamations adressées à ce dernier et mettant en cause une administration ou tout autre organisme chargé d'une mission de service public sont transmises au Médiateur. C'est donc la compétence de ce dernier qui prime en quelque sorte celle du Défenseur des enfants, même si un échange s'établit entre les deux organes. La CCDH doute de l'opportunité de cette solution alors que les réclamations touchant aux droits de l'enfant devraient pouvoir faire l'objet d'un traitement plus spécifique par un organe spécialisé à cet effet, que par un Médiateur à compétence générale.

La CCDH propose donc que, le moment venu, le législateur réserve au Défenseur des droits de l'enfant toutes les réclamations touchant aux droits des enfants en particulier. Sans préjudice à cela, une collaboration devra incontestablement s'établir entre les deux organes.

8) Conclusion :

La CCDH se réjouit de l'intérêt que portent le Gouvernement et la Chambre des Députés à la défense des droits des enfants. L'institution d'un défenseur des droits de l'enfant fonctionne dans plus de 40 pays du monde; il en existe 18 dans l'espace européen. La

CCDH considère qu'il faut y voir un instrument efficace dans une démocratie qui se soucie du respect des droits des plus jeunes. Car, au Luxembourg, comme ailleurs, malgré des dispositifs législatifs protecteurs de l'enfance, il existe de nombreuses situations où les droits fondamentaux des enfants ne sont pas respectés.

La CCDH estime que la création d'une telle institution, conformément à l'esprit de la Convention relative aux droits de l'enfant, constituera un apport considérable à la mise en œuvre de la protection des droits de l'enfant dans une société soucieuse de ses enfants et de son avenir.

La CCDH estime indispensable, pour que l'institution projetée puisse devenir un instrument vraiment efficace de la défense des droits de l'enfant, que le traitement des réclamations individuelles soit mis au centre des attributions de cet organe projeté et que celui-ci ne consiste pas dans un quelconque «Comité», mais dans une personne bien identifiée et entourée d'une équipe dédiée exclusivement à cette tâche.

Cet avis a été adopté à l'unanimité par la CCDH lors de sa séance plénière du 12 mars 2002.