



**HAL**  
open science

## L'enfant étranger

Florian Aumond

► **To cite this version:**

Florian Aumond. L'enfant étranger. Michel Boudot; Didier Veillon. L'enfant [Université d'été facultatis iuris Pictaviensis 2016], Presses universitaires juridiques de Poitiers: LGDJ, p. 59-76, 2017, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 979-10-90426-77-1. halshs-03776605

**HAL Id: halshs-03776605**

**<https://shs.hal.science/halshs-03776605>**

Submitted on 22 Sep 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## L'ENFANT ÉTRANGER

1. L'attention portée aux migrations internationales et la sémantique souvent anxiogène utilisée pour en faire état confinent largement à un effet de loupe<sup>1</sup>. L'accent principalement mis sur leur augmentation quantitative tend à en exagérer l'importance et à en gommer les nuances, en même temps qu'il occulte le fait que l'évolution est, tout autant sinon davantage, d'ordre qualitatif<sup>2</sup>. D'une part, les parcours migratoires se sont substantiellement rallongés et complexifiés. En porte témoignage la prise en considération désormais constante dans les différents documents et instruments des Nations Unies de l'État *de transit*, quand seuls les États d'origine et de départ étaient classiquement considérés<sup>3</sup>. Cet allongement des itinéraires multiplie les menaces et dangers, renforcés dans certains lieux comme les frontières internationales, auxquels se trouvent confrontés les migrants<sup>4</sup>. Le sont d'autant plus certaines catégories, au premier chef les femmes et les enfants, dont la mobilité est aujourd'hui beaucoup plus importante qu'elle ne l'était jusqu'alors. Telle est la seconde grande évolution qualitative que traduit, de nouveau, la prise en considération de ces groupes dans les travaux notamment des Nations Unies<sup>5</sup>. L'*enfant migrant* émerge ainsi dans le vocabulaire institutionnel international<sup>6</sup>.

1 D. PERRIN, « Développement terminologique et incertitudes sémantiques autour des migrations : de quelques impacts juridiques », in A. GHERARI et R. MEHDI (dir.), *La société internationale face au défi migratoire*, Pedone, Paris, 2012, pp. 71-92.

2 Dans l'absolu, le nombre de personnes inscrites dans un parcours migratoire a certes crû ces dernières années, pour atteindre près de 250 millions. La proportion de la population mondiale (env. 3 %) qu'ils représentent n'a cependant pas évolué, voire a baissé.

3 F. AUMOND, « Droit, vulnérabilité et parcours migratoires », *Jeunes et Mineurs en Mobilité (JMM)*, 2017, n° 3 (à paraître).

4 F. AUMOND, « De l'enclave à l'entrave territoriale. Les droits des migrants aux 'frontières internationales' », *RRJ*, 2015-4, pp. 1807-1829.

5 Les deux phénomènes sont clairement liés. La meilleure illustration en est le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies remis en 2014 portant sur « Promotion et protection des droits de l'homme, y compris les moyens de promouvoir les droits de l'homme des migrants », lequel se compose de deux parties : « Promotion et protection des enfants et des adolescents » ; « Les droits de l'homme aux frontières internationales » (Doc. NU A/69/277, août 2014).

6 Cette émergence est à mettre au crédit de l'ensemble du système des Nations Unies pour les droits de l'homme, articulé autour du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH). Le rapport y relatif remis en 2009 par le rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants a joué dans ce contexte un rôle important (Doc. NU A/HRC/117, mai 2009). Le Rapport précité du Secrétaire général des Nations Unies consacrant une partie à la « Promotion et protection des droits de l'homme des enfants et adolescents migrants » a donné une plus grande visibilité à la question, d'autant qu'il a été endossé par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/69/187, 18 déc. 2014). Et la réflexion se poursuit. En atteste le projet d'Observation générale conjointe portée par le Comité des droits de l'enfant (CDE) et le Comité des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille, sur les droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, ou encore l'invitation faite par le Conseil des droits de l'homme de convoquer, à sa trente-cinquième session (2017), une réunion-débat ayant pour thème « Les

2. L'enfant migrant est tout d'abord un *enfant*. Celui-ci est communément défini, en droit international comme dans la plupart des droits nationaux voire régionaux, comme étant (en principe) l'individu âgé de moins de dix-huit ans<sup>7</sup>. La *minorité* définit l'enfant<sup>8</sup>. En dépit de son apparente simplicité<sup>9</sup>, cette définition objective n'en soulève pas moins des difficultés quant à sa mise en œuvre. Elles tiennent à la convergence de défaillances (volontaires ou non) dans l'établissement de l'état civil au niveau de l'État de départ et du développement, dans les États de transit comme de destination, de politiques restrictives à l'égard de l'immigration.

Ces politiques expliquent la volonté de s'assurer avec certitude de la minorité alléguée, dès lors que celle-ci ouvre droit à un statut autrement plus favorable que celui qui est réservé aux majeurs. D'où le recours à des méthodes décriées, dont les tests osseux sont le symbole<sup>10</sup>. Leur sont opposées des approches plus larges, intégrant notamment des évaluations psychologiques. En matière de minorité l'objectivité, par le recours au critère de l'âge ou l'appui sur des procédés scientifiques, compose ainsi avec une certaine subjectivité<sup>11</sup>.

La référence, courante, à la qualité de « *migrant* » de l'enfant soulève aussi des difficultés. Outre qu'elle ne fait pas l'objet d'une définition généralement admise<sup>12</sup> la notion est, si l'on considère les éléments communément retenus pour la circonscrire, trop large par certains aspects, trop restreinte par d'autres pour être pleinement opératoire<sup>13</sup>. Elle est *trop large* en tant qu'elle comprend tant les personnes se déplaçant vers un autre pays que celles qui se dirigent, au sein d'un même État, vers une autre région (*déplacés internes*). Or, la situation d'extranéité des premiers continue de les différencier, sous l'angle de leur statut, des premiers. Ils s'en rapprochent cependant puisque les uns comme les autres fuient des persécutions ou des situations susceptibles de porter gravement

---

enfants et adolescents migrants non accompagnés et les droits de l'homme » (Doc. NU A/HRC/33/L.13, sept. 2016).

- 7 Convention internationale relative aux droits de l'enfant, 20 nov. 1989, art. 1 (Ci-après : CIDE). Cette définition est par exemple reprise, au niveau international, dans le Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (2000) (art. 3, lettre d), au niveau régional, dans la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (1996) (art. 1<sup>er</sup>) ou dans la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant (1990) (art. 2).
- 8 Selon l'article 1<sup>er</sup> de la CIDE, un individu n'est plus considéré aux fins de son application comme un enfant « *si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ». Devenu majeur, il n'est plus mineur, donc plus enfant. Dans le même sens, le *Glossaire de la migration* établi par l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), reprenant la définition de la Convention de 1990 pour l'entrée *enfant*, caractérise le *mineur* comme « *[l]'individu qui n'a pas atteint l'âge auquel il accède, en vertu du droit national applicable, à la pleine capacité de jouissance et d'exercice de l'intégralité des droits civils et politiques* ». On admettra ici ne pas saisir les motifs de cette référence aux seuls droits civils et politiques...
- 9 Du moins est-elle simple en apparence pour l'âge de sortie de l'enfance. Car reste posée celle concernant le moment à partir duquel commence l'enfance. Question épineuse et non réglée, au niveau européen et, moins encore, international.
- 10 Les critiques, qui portent sur leur manque de fiabilité et l'atteinte qu'elles sont susceptibles de porter à la dignité, émanent tant des instances nationales (par exemple, en France : Commission nationale consultative d'éthique, Défenseur des droits) qu'internationales (CIDE).
- 11 La loi française du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance a consacré une évolution d'importance à cet égard, en encadrant strictement le recours à la méthode des tests osseux et en limitant fortement la portée (Code civil, art. 388 nouveau).
- 12 « Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants », 2000, §§ 25 ss. (Doc. NU E/CN.4/2000/82).
- 13 C'est sans compter sur l'ambiguïté entretenue autour de la notion, notamment lorsqu'il s'agit d'opposer lesdits « migrants économiques » (dont les déplacements seraient *comme tels* refusés) et les « réfugiés » (qui seuls pourraient y prétendre).

atteinte à leur condition. En cela, ils sont communément distingués de *migrants* dont les déplacements résulteraient, pour ce qui les concerne, non d'une contrainte mais d'une décision libre<sup>14</sup>. *Trop restreinte* en ce sens, la notion de migrant l'est encore en cela que si l'accent mis sur sa dimension dynamique, en permettant de référer à l'ensemble du processus migratoire<sup>15</sup>, est digne d'intérêt, elle laisse en revanche de côté un ensemble de personnes qui ne sont pas (plus) inscrites dans ce mouvement<sup>16</sup>.

Dès lors, il apparaît plus pertinent d'évoquer la condition de *l'enfant étranger*. Condition multiple, selon qu'il s'inscrit ou non dans un processus migratoire (*résident* ou *en transit*)<sup>17</sup>, qu'il bénéficie ou non d'une protection internationale (*réfugié* ou bénéficiaire d'une *protection subsidiaire, temporaire, etc.*) - voire qu'il soit dans l'attente du traitement de la reconnaissance/octroi de celle-ci (*demandeur de protection internationale*) -, qu'il possède ou non une autorisation d'entrer et de séjourner sur le territoire (*situation régulière ou irrégulière*), enfin, qu'il soit accompagné ou non d'un parent ou d'un adulte (*mineur non accompagné ou séparé*)<sup>18</sup>. L'essentiel est, à ce niveau, qu'il ne soit pas de la nationalité de l'État sur le territoire duquel il se situe, qu'il possède celle d'un (ou plusieurs) État(s) autre(s) (*mono-, bi- ou pluri-national*) ou n'en ait aucune (*apatride*).

3. Le régime juridique de l'enfant étranger se situe à la conjonction de deux corpus juridiques définis par les sujets considérés. À cet égard, il est intéressant de relever que, tandis que la dénomination de l'un met l'accent sur les droits subjectifs (*les « droits » de l'enfant*)<sup>19</sup>, la désignation de l'autre sous-entend qu'il englobe des dispositions juridiques qui, pour certaines, protègent mais qui, pour d'autres, encadrent et limitent le bénéfice et l'exercice des droits (*« le droit » des étrangers*). Toute la question concernant la condition juridique des personnes ne possédant pas la nationalité de l'État territorial est ici résumée. Et elle se trouve tranchée dans un sens particulier pour les enfants, puisque la primauté de leurs *droits* est consacrée : en droit positif – international, régional ou national – les enfants étrangers sont *enfants* avant que d'être *étrangers*<sup>20</sup>.

14 OIM, *Glossaire de la migration*, V° « Migrants ». La pertinence d'une telle distinction est contestable, tant la prétendue liberté du choix n'est souvent qu'apparente. Déjà, les *flux* de migrants sont désormais mixtes, qui charrient un ensemble d'individus poursuivant des motivations fort différentes. En outre, les mêmes personnes peuvent s'engager dans une migration pour de multiples raisons, raisons qui pourront du reste évoluer au gré de leur parcours. Ce n'est certes pas signifier qu'une différence n'existe pas *en droit* selon que l'individu est ou non demandeur ou bénéficiaire d'une protection internationale, mais cette distinction n'a pas l'évidence qu'elle semble souvent avoir.

15 Par exemple, au sens de la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990), l'expression « "travailleurs migrants" désigne les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes »

16 De nouveau, l'on retrouve l'ambiguïté sémantique déjà relevée. Parler de « migrant » permet de maintenir les personnes concernées dans ce statut précaire, provisoire, dans ce mouvement au moins potentiel permanent parfaitement décrit par Abdelmalek Sayad (*Voy. not. : La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Point, coll. Essais, Paris, rééd. 2014).

17 Le migrant s'inscrit dans un mouvement qui suppose le dépassement d'une frontière internationale. Il se distingue en cela du *déplacé interne*. Il est *migrant* dès lors qu'il entame son parcours, de sorte qu'il pourra, à ce moment, n'être pas un étranger.

18 Sur cette dernière catégorie, voy. D. SENOVILLA (*cet ouvrage*).

19 Le passage du *mineur* à *l'enfant* traduit d'ailleurs, pour certains, l'évolution d'une condition *d'incapable* à celui de bénéficiaire de droits (D. GUTMANN, V° « Enfant », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> éd., 2003).

20 L'accent sera par la suite principalement mis sur le droit international, même si les droits nationaux

Cela résulte notamment de l'application d'un principe qui, s'il n'est pas propre à ce contexte, n'en revêt pas moins une signification particulière en droit des enfants : la *non-discrimination*<sup>21</sup>. Dans la mesure où la *nationalité* fait partie des éléments qui ne sauraient, *a priori*, justifier un traitement différent, les enfants étrangers devraient bénéficier des mêmes droits que ceux reconnus à l'ensemble des enfants. En principe donc, *ils sont des enfants comme les autres* (I).

Ce principe souffre (comme tout principe) d'exceptions. Le Comité des droits de l'enfant (CDE), en charge de s'assurer du respect par les États de leurs obligations au titre de la CIDE, admet classiquement des différences de traitement fondées sur des différences objectives de situation. L'enfant étranger, en tant qu'il n'a pas la nationalité de l'État sur le territoire duquel il se situe – et dès lors que le droit demeure fondamentalement d'application territoriale –, se situe bien dans une position singulière. Elle postule que son statut puisse dans certaines situations se séparer de celui des autres enfants. Sous l'angle du droit, *l'enfant étranger est certes un enfant différent*. Il ne rejoint cependant pas la condition des autres étrangers, majeurs. Car il reste fondamentalement un enfant. Comme tel, il pourra notamment se prévaloir d'un autre principe cardinal : l'intérêt supérieur de l'enfant (II). Sous l'angle juridique, *l'enfant étranger reste un étranger singulier*.

## I. L'ENFANT ÉTRANGER, ENFANT COMME LES AUTRES

L'enfant étranger est avant tout un enfant. Comme tel, il peut en principe se prévaloir de l'ensemble des droits reconnus à tout enfant. Ce que rappelle le Secrétaire général dans son Rapport précité de 2014. Il isole à cet égard la situation des droits économiques, sociaux et culturels, qu'il distingue des droits civils et politiques. Malgré ses indéniables limites, cette opposition (classique) revêt une certaine pertinence en la matière, pour sa vertu didactique mais également, et surtout ici, heuristique. Tant il est vrai que les droits dits économiques, sociaux et culturels des enfants étrangers (B) rendent plus manifestes que leurs droits dits civils (et politiques)<sup>22</sup> (A) la tension entre deux tendances contradictoires : d'un côté, l'affirmation du rejet de toute discrimination fondée sur la nationalité ; de l'autre, la persistance d'entraves – pratiques, bien souvent, plutôt que juridiques – à son application effective.

### A. NON-DISCRIMINATION ET DROITS CIVILS (ET POLITIQUES)

L'enfant étranger doit bénéficier d'un ensemble de droits essentiels, reconnus à tout enfant. Ainsi de celui parfois considéré comme le premier des droits : le droit à la vie. La peine de mort en ce qui les concerne est ainsi interdite dans

---

et régionaux seront évoqués çà et là. En cela, cette communication s'inscrit dans la suite de celle proposée par Ph. Lagrange dans cet ouvrage.

21 Aux termes de l'article 2 CIDE : « *Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation* ».

22 La question des droits politiques est centrale dans l'identification d'une différence entre nationaux et étrangers. Elle est cependant d'importance moindre si l'on considère les mineurs, presque entièrement exclus du droit de vote – quelle que soit leur nationalité.

nombre d'instruments internationaux, tant universels<sup>23</sup> que régionaux<sup>24</sup>. Comme tout enfant, il peut également revendiquer le respect de son droit à n'être pas réduit à l'esclavage, à ne pas subir d'actes de torture ou faire l'objet de traitements inhumains ou dégradants<sup>25</sup>. Les exigences en la matière revêtent une importance particulière pour les enfants, qui doivent en outre être préservés « *contre toutes formes de violence, d'atteinte ou de brutalité physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence* »<sup>26</sup>. Dans ce contexte, une attention spéciale doit être apportée aux migrants, au nombre des groupes parmi les plus vulnérables<sup>27</sup>. Est, de même, soulignée la situation particulièrement préoccupante de l'exposition des enfants étrangers à la traite<sup>28</sup> et aux trafics.

Le CDE est également attaché à ce que l'enfant voit reconnue (puis préservée) son identité<sup>29</sup>. L'affirmation de ce qu'il est une personne *distincte* des adultes sous la garde et l'autorité desquels il se situe, de ce qu'il est titulaire donc de *droits*, est fondamentale pour le Comité. D'où l'importance de la reconnaissance de l'identité, laquelle permet ainsi de pleinement jouir de ces droits. D'où également la consécration du droit de l'enfant d'être enregistré à sa naissance, qui en constitue un préalable indispensable<sup>30</sup>. En dépit de son affirmation, ce droit continue de constituer un « *défi majeur* » dans nombre d'États et les enfants étrangers pâtissent souvent des lacunes, si ce n'est de l'incurie, des services compétents<sup>31</sup>. Le CDE encourage ainsi les États, lorsqu'il n'a pas été établi à la naissance, à procéder à un enregistrement ultérieur, étant entendu que son défaut ne doit pas entraver l'accès aux différents services sociaux (soin, éducation, etc.)<sup>32</sup>.

L'enfant étranger doit encore bénéficier, à équivalence avec les autres enfants, des libertés consacrées par la CIDE. Il en va ainsi, en premier lieu, des *libertés individuelles*, dont celles de l'esprit (opinion, expression, pensée, conscience, religion)<sup>33</sup>. Leur exercice par les enfants étrangers suppose d'adopter des mesures particulières. La liberté d'expression, vecteur de l'affirmation de la personnalité de l'enfant, implique par exemple de prévoir la traduction des différents documents afin qu'ils puissent être compris des locuteurs étrangers, voire de

23 PIDCP, art. 6,5 ; CIDE, art. 37.

24 Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, art. 5-3 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 4-5.

25 CIDE, art. 37.

26 CIDE, art. 19. Le CDE a adopté une observation générale sur « Le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments » (Observation générale, n° 8 [2006], 21 août 2006 : Doc. NU CRC/C/GC/8). Elle est prolongée par l'Observation générale sur « Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence » (Observation générale, n° 13 [2011], 18 avr. 2011 : Doc. NU CRC/C/CG/13)

27 Voy. p.e. : CDE, Observation générale, n°8 (2006), *op. cit.*, §§50-53 ; CDE, Observation générale, n° 13 (2011), *op. cit.*, §72.

28 La vulnérabilité peut ici s'accroître au long du processus migratoire. Dans son dernier Rapport (mai 2016), la Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants, fait état notamment des risques accrus pesant sur les réfugiés et demandeurs d'asile fuyant un conflit (Doc. NU A/HRC/32/41, §20).

29 L'on revoie ici plus largement aux remarques de F. MARCHADIER dans cet ouvrage.

30 CDE, art. 7,1. Il reprend ici un principe énoncé à l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (PIDCP).

31 De nombreuses observations finales livrées par le CDE à l'issue des évaluations de la situation des droits de l'enfant dans les États le montrent (voy. p.e. : CRC/C/PAK/CO/5, 3 juin 2016, § 28 [Pakistan] ; CRC/C/GBR/CO/5, 3 juin 2016, § 33 [Royaume-Uni]).

32 CDE, Observation générale n° 6 (2005), « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine », 1<sup>er</sup> sept. 2005, § 25 (Doc. NU CRC/GC/2005/6).

33 CIDE, art. 12, 13 et 14.

mettre à leur disposition des interprètes<sup>34</sup>. Les restrictions qui peuvent frapper d'autres droits doivent être rigoureusement encadrées, à l'exemple de la liberté d'aller et venir<sup>35</sup>.

Les enfants étrangers peuvent également se prévaloir des *libertés collectives*, voire des droits et libertés accordés à des *communautés/collectivités*. Au titre des premières, leur est notamment reconnue la possibilité de se réunir pacifiquement ou de s'associer<sup>36</sup>. De nouveau, les limites liées à l'extranéité ne seront admises qu'en tant qu'elles ne couvrent pas une pratique discriminatoire, mais découlent d'une différence objective. Ce qui était, par exemple, à démontrer sous l'empire de l'ancienne législation française, distinguant selon que l'association était créée par des étrangers (régime de l'*autorisation préalable*) ou par des nationaux (régime de la *déclaration préalable*). La disparition de ce *distinguo* à la faveur de la loi du 9 octobre 1981<sup>37</sup> permet de se couler dans le moule conventionnel. En revanche, la France maintient sa spécificité en ce qui concerne les *droits des collectivités*, en raison de sa réserve sur l'article 30 de la CIDE consacrant ceux reconnus aux minorités. Ancrée dans une conception ancienne et constante, cette position n'en constitue pas moins un obstacle d'importance dans l'exercice des droits des enfants étrangers<sup>38</sup>.

Enfin, les droits liés à la *sûreté* et ceux concernant, plus largement, les relations de l'enfant avec la justice font l'objet d'un ensemble de dispositions que peuvent en principe revendiquer à équivalence les ressortissants de l'État territorial et les étrangers. La différence de situation se fait cependant plus sensible ici que dans d'autres domaines. D'une part, et en dépit des appels à ce que de telles situations, sinon disparaissent, du moins demeurent tout à fait exceptionnelles, les seconds seuls pourront être soumis à des mesures *préventives* de privation de liberté, visant à contenir leur entrée ou à garantir leur sortie du territoire<sup>39</sup>. Ils doivent alors bénéficier de garanties fortes afin que soient préservés leurs droits, ce qui suppose entre autres une pleine connaissance des raisons présidant à leur placement en lieu privatif de liberté et l'ouverture de voies de recours pour en contester la légalité.

Le contentieux lié à l'immigration rejoint sur ce point les contentieux civil et pénal impliquant des enfants étrangers<sup>40</sup>. Les premiers font en effet partie des groupes confrontés à nombre d'obstacles supplémentaires dans l'accès effectif à la justice, qu'ils soient d'ordre administratif (irrégularité de leur situation administrative ou de celle de leurs parents, coûts, etc.), politiques ou, de manière plus insidieuse, qu'ils découlent d'un climat de xénophobie et d'intolérance toléré sinon entretenu par les autorités publiques. Afin de lever ces entraves, qui constituent autant de violations du principe de non-discrimination ici appliqué à l'accès à la justice, les États sont invités à adopter une double série de mesures<sup>41</sup>. Les

34 CDE, Observation générale n° 6 (2005), *op. cit.*, § 25.

35 *Cf. infra*.

36 CIDE, art. 15,1.

37 Il faudra attendre la loi du 28 juillet 2011, modifiant l'article 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, pour que soit consacrée l'extension de ce droit aux mineurs – du moins à ceux ayant 16 ans révolus.

38 Les enfants étrangers ne sont pas seuls ici concernés. L'article 30 de la CIDE soutient en réalité surtout la réflexion au sujet des enfants indigènes et autochtones (Voy. : CDE, Observation générale n° 11 [2009], « Les enfants indigènes et leurs droits au titre de la Convention », 12 fév. 2009, Doc NU CRC/C/GC.2009/11).

39 *Cf. infra*.

40 ECOSOC, Rés. 2005/20, « Lignes directrices en matière de justice dans les affaires impliquant les enfants victimes et témoins d'actes criminels », 21 juill. 2005, § 6.

41 Conseil des droits de l'homme, Rés. 25/6, 2014, « Droits de l'enfant : accès des enfants à la justice » (Doc NU. A/HRC/RES/25/6).

unes relèvent des obligations négatives : il s'agit de revenir sur les dispositions interdisant, par exemple, la saisine des juridictions en raison de la situation administrative de l'enfant étranger (ou de ses parents) ; les autres participent de leurs obligations positives : il s'agit de mettre en place des dispositifs, notamment d'assistance juridique<sup>42</sup>, afin de permettre aux enfants étrangers d'accéder effectivement et dans les mêmes conditions que les autres enfants à la justice<sup>43</sup>. Ce second type de mesures partage les difficultés de tout droit supposant une intervention positive de la part des États. En cela, le droit à la justice évoque la plupart des droits dits économiques, sociaux et culturels.

#### B. NON-DISCRIMINATION ET DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

Au-delà d'une dimension *matérielle* – avec laquelle elle est cependant en lien –, la distinction entre droits civils (et politiques), d'une part, droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part, s'appuie fréquemment sur le comportement de l'État : ceux-là supposeraient une abstention, ceux-ci une intervention. C'est du reste bien ce que suggère l'article 4 de la CIDE, aux termes duquel « *les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits* » que la Convention reconnaît seront prises, « *[d]ans le cas des droits économiques, sociaux et culturels [...] dans toutes les limites des ressources dont [les États] disposent* ».

Ceci posé, le CDE témoigne de la difficulté à départir clairement les deux catégories de droits et amène, de ce fait, à en nuancer les incidences<sup>44</sup>. Cette porosité ressort également du Rapport précité du Secrétaire général s'attachant, pour partie, à la promotion et à la protection des droits de l'homme de l'enfant (et de l'adolescent) migrant<sup>45</sup>. Ce document se révèle néanmoins utile pour apprécier la situation de ce qu'il qualifie de droits économiques, sociaux et culturels à l'égard desquels les enfants étrangers font face à des difficultés propres.

Le *droit à l'éducation* est le premier évoqué par le Secrétaire général<sup>46,47</sup>.

42 F. AUMOND, « Le droit à l'assistance juridique en droit international. Éloge d'un 'droit vert' », in F. FABERON et A. HABRIAL (dir.), *De l'accès au droit à l'exercice de la citoyenneté*, Actes du Colloque de Clermont-Ferrand des 24 et 25 septembre 2015, *La revue du Centre Michel de l'Hospital* (à paraître).

43 CDE, Observation générale n° 10 (2007), « Les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs », 25 avr. 2007, § 10 (Doc. NU CRC/C/GC/10).

44 C'est ce qui ressort de son observation générale n° 5 (2003), « Mesures générales de mise en œuvre », 27 nov. 2003, §§ 6-8 (Doc. NU C/CRC/GC/2003/5). Il y rappelle notamment que doivent, quel que soit le droit concerné, être prévus des recours à même d'en assurer l'effectivité (§ 24). Et l'on sait combien ce point soutient classiquement la différence entre les deux catégories de droits (D. ROMAN [dir.], *La justiciabilité des droits sociaux. Vecteurs et résistances*, Pedone, Paris, 2012).

45 Cf. *supra*. Ci-après « Rapport du Secrétaire général (2014) ».

46 L'on renverra sur ce point à la communication de S. PAVAGEAU dans cet ouvrage.

47 L'importance de l'éducation a été confirmée dans le contexte de l'important (et premier) Sommet des Nations Unies pour les réfugiés et les migrants. L'accent mis en avant par le Secrétaire général (« Sûreté et dignité : gérer les déplacements massifs de réfugiés et de migrants », avr. 2016 : Doc. NU A/70/59) a trouvé un écho dans la Déclaration adoptée à son issue (« Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants », Doc. NU A/71/L.1, sept. 2016, §§ 81-82). Une différence s'y perçoit cependant entre migrants et réfugiés, les seconds seuls faisant l'objet de dispositions quelque peu précises. Ce que confirme du reste l'engagement pris par les participants au Sommet des dirigeants *pour les réfugiés*, tenu aux lendemains du Sommet des Nations Unies, d'augmenter d'un million le nombre d'enfants accédant à l'école (« Joint Statement on Leaders' Summit on Refugees », 20 sept. 2016. Disponible à l'adresse suivante: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/09/20/joint-statement-leaders-summit-refugees>).

Les articles 13 du PIDESC et 28 de la CIDE consacrent pareillement le principe de son application « à toutes les personnes d'âge scolaire qui résident sur le territoire d'un État partie, y compris les non-nationaux, indépendamment de leur statut juridique ». Les enfants étrangers peuvent donc se prévaloir du principe de non-discrimination, appliqué ici à la nationalité<sup>48</sup>. La pratique n'est cependant pas toujours conforme à cette prescription et ce, aux trois niveaux de l'enseignement que les différents instruments consacrent.

L'enseignement primaire se voit accorder les garanties les plus grandes, puisqu'il doit être obligatoire, accessible et gratuit pour tous, sans égard à la nationalité ou à la situation administrative (de l'enfant ou des parents)<sup>49</sup>. Le Secrétaire général déplore cependant les interdictions auxquelles demeurent souvent confrontés les enfants migrants dans l'accès aux établissements publics<sup>50</sup>. Lorsque cet accès leur est admis, il pointe les multiples entraves « pratiques » qui perdurent, tenant au fait qu'ils ne possèdent pas les documents nécessaires, aux coûts imposés, voire au manque d'informations sur les droits ou le « fonctionnement » du « système »<sup>51</sup>.

Les difficultés sont cependant plus perceptibles en ce qui concerne les enseignements secondaire et, plus encore, universitaire. À ces deux niveaux, l'accessibilité doit certes être assurée, mais elle ne s'appuie pas sur une obligation de gratuité, non plus que sur celle de garantir à tous de bénéficier de ces enseignements<sup>52</sup>. En résulte une mise à l'écart dont les étrangers font particulièrement les frais. Déjà, ils peuvent se voir refuser l'inscription dans les établissements publics. Les enfants étrangers sont très exposés à de telles exclusions<sup>53</sup>. Lorsqu'ils peuvent s'inscrire, ils doivent faire face à de nombreuses difficultés. D'autant plus dans le domaine de l'enseignement technique et professionnel. En effet, si le principe de non-discrimination joue ici également, les « adolescents migrants risquent de se trouver dans l'impossibilité de suivre une formation ou un stage, surtout s'ils sont en situation irrégulière, car ce type d'activité est parfois considérée comme du travail et leur est donc interdit »<sup>54</sup>. Où l'on voit toute l'ironie (pour dire le moins) de la situation des enfants étrangers qui, à l'inverse, seront plus fréquemment exposés au risque d'être employés dans des conditions particulièrement déplorables.

Le droit au travail, plutôt, la question du droit du travail a partie liée avec le

48 Comité DESC, Observation générale n° 20 (2009), « La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels », § 30 (Doc. NU E/C.12/GC/20).

49 Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CMW), art. 30.

50 « Rapport du Secrétaire général (2014) », *op. cit.*, § 33. L'accès est ainsi réservé, en Indonésie, aux nationaux (Doc. NU CRC/IND/CO/3-4, 9 juill. 2014, § 59), cependant qu'il n'est ouvert au Népal qu'aux réfugiés et aux enfants de réfugiés (Doc. NU CRC/C/PAK/CO/5, 3 juin 2016, § 65).

51 « Rapport du Secrétaire général (2014) », *op. cit.*, § 33. Le CDE a, par exemple, dénoncé l'existence de tels obstacles au Chili (Doc. NU CRC/C/CHIL/CO/2-4, 29 oct. 2015, § 78). En France, le Défenseur des droits a à plusieurs reprises alerté sur les difficultés auxquels font face nombre d'enfants présents dans ladite « jungle » de Calais (« Déclaration du Défenseur des droits sur une possible évacuation de la zone Nord du bidonville de Calais », 19 juillet 2016 ; « Enfants isolés du Calais : de nouvelles recommandations face à une situation toujours préoccupante », 20 avril 2016).

52 Le CDE pousse cependant dans le sens d'une application de ces deux principes, y compris pour l'enseignement secondaire (Observation générale n° 20 [2016], « Mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence », Doc. NU CRC/C/GC/20, § 73).

53 « Rapport du Secrétaire général (2014) », *op. cit.*, § 35.

54 « Rapport du Secrétaire général (2014) », *op. cit.*, § 35. C'est le cas, par exemple, en France : dès lors que le contrat d'apprentissage est considéré comme un contrat de travail, il est subordonné à une autorisation de travail.

droit à l'éducation de l'enfant. En effet, aux termes de l'importante Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant l'âge minimum à l'emploi, celui en deçà duquel tout travail doit être aboli, quoique laissé à l'appréciation des États, ne saurait toutefois être inférieur à « l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire »<sup>55</sup>. Pour ceux qui ne relèvent pas de cette interdiction<sup>56</sup>, la relation entre éducation et travail est ambivalente. Elle est *négative*, puisqu'il s'agit de les prémunir contre toute forme d'exploitation, de leur ménager une « *réglementation appropriée* » particulièrement protectrice<sup>57</sup> et de les préserver contre les « *pires formes* » de travail ; mais elle est *positive*, lorsqu'il s'agit de reconnaître l'importance du travail pour certains enfants, notamment en tant qu'il permet précisément de financer les études.

Les enfants étrangers pourront se trouver, sur tous ces terrains, dans une situation de particulière vulnérabilité. Les plus jeunes se trouvent en effet singulièrement exposés à devoir travailler, sans égard aux interdictions conventionnelles, en deçà même de l'âge minimum prescrit ; les plus âgés sont fréquemment amenés à occuper les emplois les plus pénibles<sup>58</sup>. Dans son Rapport de 2014, le Secrétaire général indique que la situation de nombreux enfants migrants en situation irrégulière les oblige à consentir à des conditions qui « *relèvent de l'exploitation* »<sup>59</sup>. Et de faire état des « *pratiques abusives (travail et servitude des enfants) et à la discrimination* » qu'ils subissent, de même qu'aux licenciements abusifs et aux conditions de travail dangereuses<sup>60</sup>. C'est sans compter sur leur vulnérabilité aux « *violences physiques et sexuelles et aux activités illicites* », toutes atteintes renforcées par « *le fait qu'ils n'osent pas exercer des recours par crainte d'être expulsés* »<sup>61,62</sup>.

Le Secrétaire général évoque une autre difficulté souvent rencontrée par les enfants migrants. Celle-ci ne concerne pas tant la protection dont ils peuvent bénéficier que la question de l'accès à l'emploi ; non tant le droit *du* travail, qu'un droit *au* travail. Les enfants migrants font à cet égard face à des obstacles de deux ordres. Les uns découlent du fait que les « *migrants, en particulier en situation irrégulière* », pourront ne pas posséder les qualifications nécessaires, voire ne pas répondre aux obligations légales et contractuelles<sup>63</sup>. Les autres viennent de ce que, « *mêmes qualifiés, [ils] connaissent des difficultés pour faire reconnaître leurs diplômes et leur expérience professionnelle* »<sup>64</sup>. Par où l'on retrouve la question de l'éducation.

55 Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 26 juin 1973.

56 La Convention n° 138 de l'OIT engage cependant les États à rehausser à dix-huit ans l'âge minimum pour « *tout type d'emploi ou de travail qui, par sa nature ou les conditions dans lesquelles il s'exerce, est susceptible de compromettre la santé, la sécurité ou la moralité des adolescents* » (art. 3). La Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants de l'OIT (17 juin 1999) reprend et élargit cette prescription.

57 CDE, art. 32,1 et 2, lettre b.

58 « Rapport annuel du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants », fév. 2014, §§ 55-56 (Doc. NU A/HRC/26/35).

59 « Rapport du Secrétaire général (2014) », *op. cit.*, § 49.

60 *Idem*.

61 *Idem*. A cela s'ajoute le fait que beaucoup s'inscrivent dans le secteur du travail domestique dont le Secrétaire général rappelle, dans son dernier rapport sur la question des droits des migrants, combien il est source de dangers et risques (Doc. NU A/70/259, août 2015).

62 Dans l'étude *d'ensemble* récemment remise par la Commission d'experts de l'OIT, les « jeunes travailleurs » migrants (âgés de 15 à 24 ans) sont ainsi au nombre des *groupes* éprouvant des difficultés particulières à exercer leurs droits (*Promouvoir une migration équitable*, BIT, Genève, fév. 2016, § 514, p. 179).

63 « Rapport du Secrétaire général (2014) », *op. cit.*, § 48.

64 *Idem*.

Le Secrétaire général fait par ailleurs mention du *droit à la santé* et du *droit à un logement décent*<sup>65</sup>. Tous deux illustrent, de nouveau, les difficultés à concilier, d'un côté, l'affirmation du principe de non-discrimination<sup>66</sup>, de l'autre, les multiples limites entravant sa pleine réalisation<sup>67</sup>. De nouveau également ces limites sont d'ordre à la fois législatif, lorsqu'il s'agit notamment de réserver l'accès aux soins ou aux logements sociaux aux nationaux ou d'entraver l'accès au parc locatif privé en raison des sanctions auxquelles se trouveraient exposés les propriétaires louant à des personnes en situation irrégulière – et pratique – conséquence du manque d'informations mises à leur disposition comme de diverses barrières (langagières ou culturelles) mais, aussi, d'un climat d'intolérance et de stigmatisation.

L'argument du manque de ressource, évoqué à cet égard par la CIDE, est habituellement avancé pour justifier les premières. Il apparaît cependant dans la plupart des cas comme un alibi bien commode, notamment lorsqu'il est brandi par des États qui ne sont pas en butte à de réelles difficultés. Heurts et malheurs de droits économiques, sociaux et culturels supposant une *intervention* de l'État. L'argument ne tient cependant pas lorsqu'il incombe à celui-ci de ne pas entraver l'exercice de ce qui constitue également une *liberté*<sup>68</sup>. Il est ainsi inopérant en ce qui concerne la plupart des obstacles pratiques, lesquels témoignent (pour le moins) d'un manque de volonté de garantir à équivalence les droits des enfants migrants et les droits des enfants nationaux. En cela, les droits économiques, sociaux et culturels ont partie liée avec les droits civils (et politiques). Ils se retrouvent encore par le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant doit pareillement orienter et organiser leur mise en œuvre.

## II. L'ENFANT ÉTRANGER, ENFANT ET ÉTRANGER PARTICULIER

L'enfant étranger est, avant toute chose, un enfant. Comme tel il se distingue de l'adulte étranger. Différence qui se retrouve même lorsque son extranéité le singularise par rapport aux autres enfants. Classiquement, la particularité du statut juridique du non national s'aperçoit sur un triple plan : droit de vote et d'éligibilité, accès à l'emploi (notamment public), liberté d'aller et venir<sup>69</sup>. Les deux premiers ne concernent que marginalement les enfants<sup>70</sup>. Seule la dernière sera donc ici considérée. Il s'agira de voir si, et le cas échéant dans quelle mesure, la minorité soutient une particularité. Pour cela seront successivement abordées les trois principales questions que soulève classiquement l'exercice de la liberté d'aller et venir de l'étranger : l'entrée (A), le séjour (B) et l'éloignement (C).

65 *Ibid.*, §§ 38-42 et §§ 43-48.

66 Le Secrétaire général est ici très explicite en énonçant que « [I]es États sont tenus de veiller à ce que tous les enfants migrants, quel que soit leur statut, aient accès aux soins de santé sur un pied d'égalité avec les enfants nationaux » (*Ibid.*, § 42). Il l'est en tout état davantage que la CMW, dont l'article 28 se lit comme suit : « Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ont le droit de recevoir tous les soins médicaux qui sont nécessaires d'urgence pour préserver leur vie ou éviter un dommage irréparable à leur santé [...] ».

67 Voy. not. : « Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants », Doc. NU. A/HRC/14/30, 2010, §§ 33-38 (santé) et §§ 56-59 (logement) ; « Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant », Doc. NU A/65/261, 2010, §§ 68-69 (logement).

68 A l'exemple du droit à la santé : CDE, Observation générale n° 15 (2013), « Le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible » (Doc. NU CRC/GC/2013/15).

69 O. LECUQ, « Réflexions autour de la singularité du national », *Mélanges François Julien-Laferrière*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 342-359.

70 Du moins, pour ce qui concerne le second, en principe (*cf. supra*).

## A. L'ENTRÉE DANS LE TERRITOIRE

La liberté d'aller et venir des individus, lorsqu'elle consiste en un franchissement de frontière internationale, repose sur une ambiguïté originelle et pérenne : le « *droit de quitter tout pays, y compris le sien* » (*droit d'émigrer*), consacré à l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, demeure orphelin de son pendant, qu'il devrait pourtant induire nécessairement : le droit d'entrer dans un autre (*droit d'immigrer*). Les autorités étatiques disposent ainsi du pouvoir *discrétaire* d'autoriser un étranger à pénétrer sur le territoire national ou de l'y refuser.

Ce pouvoir s'applique *a priori* tant pour les majeurs que pour les mineurs. Pour ceux-ci, plus encore que pour ceux-là, il ne confine cependant pas (plus) à un pouvoir *arbitraire*<sup>71</sup>. Telle est l'une des plus notables conséquences de l'imprégnation croissante, en la matière, de considérations liées aux droits de l'homme<sup>72</sup>, combinée avec deux principes cardinaux dans le domaine des droits de l'enfant : préservation de l'unité familiale et, surtout, intérêt supérieur de l'enfant.

Le premier découle de la reconnaissance de l'importance du milieu familial pour les enfants. Affirmée dès le préambule de la CIDE<sup>73</sup>, développée dans son article 9, elle est appliquée à l'hypothèse où l'enfant et ses parents se situent sur le territoire d'États distincts dans l'article 10. La *réunification familiale* qu'il évoque est la déclinaison du principe de préservation de l'unité familiale dans ce contexte particulier.

Sa mise en œuvre pourra s'effectuer selon deux modalités. La cellule familiale pourra d'abord être reconstituée dans l'État dont les parents et/ou les enfants ont la nationalité. Nulle surprise à ce que cette solution ait la préférence des principaux États de destination, tant elle s'accommode de leurs politiques restrictives en matière d'accueil. Ces politiques pourront donner lieu à des pratiques contraires à la prescription de l'article 10, d'apprécier les demandes de réunification « *dans un esprit positif, avec humanité et diligence* ». Cette considération se trouve, à l'inverse, au fondement des positions adoptées par les différents organes et comités des Nations Unies, à l'unisson avec les juridictions régionales ainsi que nombre d'institutions nationales des droits de l'homme. Aussi bien tous invitent-ils à considérer avec davantage d'attention l'éventualité d'une réunification dans l'État de destination, voire dans un État tiers. Cela est évident lorsqu'un enfant s'est vu reconnaître la qualité de réfugié et qu'il s'agit de faire venir ses parents depuis le territoire dont il fuit précisément les persécutions<sup>74</sup>. Cela devrait également l'être lorsque l'enfant ou les parents ont développé des liens profonds avec l'État tiers et n'entretiennent que des relations ténues avec l'État national<sup>75</sup>.

D'autant plus lorsqu'est considéré *l'intérêt supérieur de l'enfant*. En la matière

71 Voy. not., J.-F. FLAUSS, « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010, sp. pp. 47-59.

72 A. A. CANÇADO-TRINDADE, « Le déracinement et le droit des migrants dans le droit international des droits de l'homme », in J. FLAUSS (dir.), *Migrations de populations et droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 14-57 ; V. CHETAIL, « The Human Rights of Migrants in General International Law : From Minimum Standards to Fundamental Rights », *Georgetown Immigration Law Journal*, 2013, vol. 28, pp. 227-255.

73 Les États se déclarent entre autres « *[c]onvaincus que la famille* » constitue une « *unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous les membres et en particulier des enfants* ».

74 CDE, Observation générale n° 6 (2005), *op. cit.*, § 82.

75 C'est ici notamment poser la question de la « quasi nationalité » (S. TOUZÉ, « La "quasi nationalité", Réflexions générales sur une notion hybride », *RGDIP*, 2011-1, pp. 5-38)

comme dans toute autre, il constitue le principe directeur devant orienter chaque décision concernant l'enfant<sup>76</sup>. En cela, celui-ci se situe bien dans une situation différente en comparaison des majeurs. Les limites apportées, en ce qui les concerne, au pouvoir des autorités étatiques d'autoriser à entrer sur leur territoire national demeurent cependant insuffisantes à en faire une *compétence liée*. L'on peine ainsi à reconnaître l'existence d'un *droit général d'entrer* sur le territoire d'un autre État que le sien, y compris dans le contexte de la réunification familiale.

La décision de *refus d'entrer* pourra être prise en amont, soit dans les États tiers au niveau des consulats, soit à « *la frontière* »<sup>77</sup>. Dans les deux cas, l'enfant doit bénéficier d'une possibilité de contester la décision. L'effectivité de ce recours dépend toutefois de la possibilité de connaître les raisons ayant présidé à la décision. Or, pour considérer ici le droit français, il a fallu attendre la loi du 7 mars 2016 pour que l'obligation de motivation, d'exceptionnelle, devienne de principe<sup>78</sup>. Cette motivation, qui suppose un examen individualisé de chaque demande d'entrer, va de pair avec l'interdiction des expulsions collectives comme du refoulement vers un territoire où l'étranger craint avec raison d'être persécuté, ou bien dans lequel il risque la peine de mort, la torture ou des traitements inhumains ou dégradants<sup>79</sup>.

La situation de l'enfant est à cet égard singulière. Du moins si l'on suit le CDE, selon qui ils doivent par ailleurs être préservés, en premier lieu, de tout renvoi là où « *il y a des motifs sérieux de croire que [l']enfant sera exposé à un risque réel de dommage irréparable* », en application de la CIDE<sup>80</sup>. Le Comité évoque alors les droits énoncés aux articles 6 et 37, laissant entendre que devraient être ajoutées, d'une part et au-delà de la violation du droit à la vie que consacre le premier, les atteintes aux droits à la survie et au développement de l'enfant, d'autre part, en plus des traitements inhumains, cruels et dégradants et de la torture référés au second, certaines formes privations de liberté. Par ailleurs, le Comité soutient que l'interdiction devrait concerner tout refoulement à destination d'un territoire où l'enfant serait exposé à l'enrôlement dans une force armée ou à la participation directe aux hostilités<sup>81</sup>.

Ceci posé cette interdiction n'a pas, dans l'un non plus que dans l'autre cas, pour corollaire la reconnaissance d'un *droit d'entrer* sur le territoire de l'État

76 CDE, Observation générale n° 14 (2013), « Droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale », 29 mai 2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14). Cela est désormais très net dans la jurisprudence administrative française (F. Langrognet, « De l'incantation à la norme : l'incidence statistique croissante de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux de l'éloignement des étrangers », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, 7 | 2015, mis en ligne le 10 juin 2015). Il est, en outre, significatif que la loi du 29 juillet 2015 portant réforme du droit d'asile en France ait intitulé le nouveau chapitre II du titre V du livre VII du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) : « Réunification familiale et intérêt supérieur de l'enfant ».

77 En l'occurrence, la notion de frontière est pour le moins élastique, qui regroupe notamment les refus opposés dans les aéroports (F. AUMOND, « De l'enclave à l'entrave territoriale. Les droits des migrants aux 'frontières internationales' », *op. cit.*).

78 L'article 67-II de la loi n° 2016-274 relative au droit des étrangers en France abroge en effet l'article L. 221-2 du CESEDA posant le principe de l'absence de motivation – principe il est vrai alors assorti d'un nombre conséquent d'exceptions, dont les cas de regroupement ou de réunification familiale.

79 L'interdiction des expulsions collectives et le principe de non-refoulement constituent les principes matriciels en la matière, comme en témoigne notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Voy. entre autres : CEDH, 23 fév. 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* n° 27765/09 ; CEDH, 21 oct. 2014, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09 ; CEDH, 1<sup>er</sup> sept. 2015, *Khlaifia et autres c. Italie*, n° 16483/12).

80 CDE, Observation générale n° 6 (2005), *op. cit.*, § 27.

81 *Ibid.*, § 28.

procédant à l'examen de la demande. Il n'a pas davantage d'incidence directe sur un éventuel droit à y séjourner.

## B. LE SÉJOUR DANS LE TERRITOIRE

Dans le droit des migrations, l'entrée et le séjour, quoique liés, n'en sont pas moins des questions à distinguer. Elles sont liées dans la mesure où toutes deux ne concernent par définition pas les nationaux, lesquels bénéficient du droit inconditionnel d'entrer et de rester dans leur État<sup>82</sup>. Elles sont encore liées, pour les étrangers<sup>83</sup>, lorsque l'autorisation d'entrer sur le territoire emporte droit d'y séjourner, pour une durée limitée (*visa court séjour*).

Entrée et séjour se distinguent cependant dès lors, en premier lieu, qu'un étranger qui se voit admis à pénétrer le territoire devra en principe demander par la suite le droit de s'y maintenir (*titre de séjour*), pour une durée limitée ou définitive (*titre de séjour temporaire, carte de résidence*). La régularité de l'entrée ne garantit alors pas de la régularité – à terme – du séjour. À l'inverse, l'*irrégularité* de l'entrée n'est pas synonyme d'*irrégularité* du séjour, un étranger pouvant être autorisé à demeurer sur le territoire en dépit du fait qu'il y soit entré sans titre. Tel est le cas du demandeur de protection internationale<sup>84</sup>. Tel est également le cas, en France, du mineur qui n'a pas à se prévaloir d'un quelconque titre pour se maintenir sur le territoire de la République.

La législation nationale n'est cependant pas représentative de la situation prévalant dans tous les États. Le droit international ne consacre pas davantage un *droit général de séjourner* qu'un *droit d'entrer* sur le territoire d'un État tiers ce, qu'il s'agisse des enfants ou des adultes. Les situations d'*irrégularité* au regard du séjour se multiplient, exposant les individus concernés à des menaces importantes. Ils constituent ainsi une catégorie particulièrement vulnérable, appréhendée comme telle en droit international<sup>85</sup>.

Elle l'est déjà, en creux, dans la *Déclaration sur les droits des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, première résolution s'attachant à la problématique générale des migrations au niveau de l'ONU<sup>86</sup>. Elle l'est surtout dans la Convention internationale sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille<sup>87</sup> – dans une mesure du reste qui explique, au moins pour partie, les réticences de la plupart des principaux États de destination à la ratifier<sup>88</sup>. L'objet même du texte suggère toutefois que la question de l'*irrégularité* ne concerne qu'indirectement les

82 Ce droit se rattache à l'article 12 du PIDCP.

83 On réserve ici les cas particuliers, à l'instar de celui des ressortissants de l'Union européenne.

84 Ce, du moins en droit de l'Union européenne (Directive 2013/32/UE du 20 juin 2013 du Parlement Européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale). En France, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) pose de même le principe du droit au maintien sur le territoire jusqu'à la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (Ofpra) voire de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) (art. L. 743-1). Ce droit n'est cependant pas absolu, et admet des exceptions (art. L. 743-2).

85 Alf L.O., « The Human Rights of Undocumented Migrants », *RCADI*, 2014, vol. 369, pp. 47-160.

86 La Déclaration est annexée à la résolution 44/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée le 13 décembre 1985.

87 P. DE GUCHTENEIRE et A. PÉCOUD, « Les obstacles à la ratification de la Convention des Nations unies sur la protection des droits des travailleurs migrants », *Droit et société*, 2010-2, n° 75, pp. 431-451.

88 Adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 1990 (A/RES/45/158), la Convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003.

enfants des travailleurs migrants, lorsque ces derniers ne possèdent pas de titre pour « *entrer, séjourner et exercer une activité dans l'État d'emploi* »<sup>89</sup>. Il s'agit alors de garantir un minimum de droits aux mineurs, quelle que soit la situation de leurs parents au regard de la législation relative au séjour<sup>90</sup>.

L'évolution des modèles de déplacements transfrontaliers, leur complexification et l'allongement des parcours – notamment les étapes parfois longues dans les États de transit –, ont multiplié les cas d'enfants voyageant seuls et/ou dépourvus des documents de voyage (au titre de l'entrée comme du séjour). Ses situations ont donné lieu à nombre d'abus de la part d'États prenant opportunément appui sur l'irrégularité de leur situation<sup>91</sup>. Elles ont précipité une réflexion d'ensemble au sein des Nations Unies sur les enfants migrants.

Abordant la question sous l'angle de leurs droits<sup>92</sup>, il s'est alors agi de rappeler que le défaut d'autorisation d'entrée ou de séjour – de l'enfant comme de son parent – ne saurait a priori justifier l'adoption de mesures moins favorables que celles reconnues tant aux autres enfants étrangers qu'aux nationaux. Dans le document précité, et afin de faire pièce à des pratiques répandues, le Secrétaire général des Nations Unies ne laisse d'insister sur le fait que l'irrégularité ne peut qu'à titre exceptionnel avoir pour conséquence de diminuer les droits dont les enfants étrangers, comme tout enfant, sont titulaires<sup>93</sup>. Bien plus, leur vulnérabilité suppose souvent qu'une attention particulière leur soit accordée, si bien que dans nombre de situations l'irrégularité du statut des enfants ne devrait pas *infléchir* le niveau de protection, mais au contraire le *rehausser*<sup>94</sup>.

Pour le reste, et en général, l'universalité des droits reconnus aux enfants devrait supposer une indifférence quant à leur situation au regard du droit des migrations (entrée et séjour). On l'a dit : l'enfant étranger est enfant avant que d'être étranger. Il n'en reste pas moins étranger. Cette dernière qualité, quoiqu'elle tende à s'effacer, n'en caractérise pas moins toujours des enfants qui demeurent, sous cet angle, distincts des nationaux. Cela est très net si l'on considère les mesures d'éloignement dont ils pourront faire l'objet.

### C. L'ÉLOIGNEMENT DU TERRITOIRE

De même que pour l'entrée et le séjour, la question de l'éloignement du territoire est liée tout en se distinguant du second<sup>95</sup>. De nouveau, elle est liée en tant

89 Au vrai, rien n'exclut que des enfants soient des travailleurs migrants au sens de la Convention – sous réserve du respect des règles encadrant l'âge minimum d'accès à l'emploi.

90 La Convention consacre, d'abord, les droits de « *tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* » (art. 8 à 35). L'enfant se voit, dans ce cadre, reconnaître explicitement le « droit à un nom, à l'enregistrement de sa naissance et à une nationalité » (art. 29) et celui d'accéder à l'éducation (art. 30). Les articles 36 et suivants ajoutent à cette première catégorie de droits un ensemble d'autres pour les « *travailleurs migrants et [l]es membres de leur famille qui sont pourvus de documents ou en situation régulière* ». Il s'agit alors notamment de poser le principe de l'égalité de traitement avec les nationaux, dans le domaine par exemple de l'accès à l'enseignement, à l'instruction, aux services sociaux ou au logement (art. 45).

91 On l'a vu, l'exemple français d'absence d'autorisation à séjourner pour les mineurs n'a pas généralement essaimé.

92 Le Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants consacré à la protection des enfants dans le contexte des migrations tient ici lieu de premier acte de la séquence (Doc. NU A/HRC/11/7, mai 2009), prolongé par le Rapport précité du Secrétaire général de 2014 et la résolution déjà évoquée de l'Assemblée générale sur les enfants et adolescents migrants.

93 « Rapport du Secrétaire général (2014) », *op. cit.*, not. § 27.

94 Ainsi notamment de l'octroi d'un statut aux enfants victimes de la traite.

95 On ne considère ici que l'hypothèse d'une sortie *contrainte* du territoire. L'enfant peut toujours le quitter volontairement. La circonstance qu'il disposait avant son départ d'un titre de séjour

qu'elle se pose ici exclusivement pour les étrangers<sup>96</sup>. Elle l'est également en ce que l'irrégularité du séjour est susceptible de justifier que soit prise une mesure d'éloignement du territoire. La première n'est cependant pas l'unique motif pour l'adoption de la seconde. L'étranger pourra en effet se voir obligé de quitter le territoire en raison des troubles à l'ordre public qu'il occasionne, du fait notamment de crimes ou délits dont il s'est rendu coupable (*expulsion stricto sensu*<sup>97</sup>). La régularité de son entrée comme de son séjour ne s'oppose alors pas à l'adoption d'une telle mesure, de sorte l'étranger qui ne s'y soustrait pas propose une nouvelle figure d'irrégularité.

Il est difficile d'assurer que le droit international préserve en toute hypothèse les enfants d'une décision d'éloignement. D'autant moins en ce qui concerne l'expulsion. Pour peu que l'on puisse en juger, cette protection n'est pas valablement défendue par les divers organes en charge des droits de l'homme au niveau international. Il est d'ailleurs significatif que la Cour européenne des droits de l'homme refuse de considérer l'expulsion comme contraire, en elle-même, à la Convention européenne<sup>98</sup>. Sans doute le Juge de Strasbourg l'assortit-il d'un ensemble de conditions et, surtout, souligne-t-il la nécessité de la concilier avec le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>99</sup>, mais la spécificité ainsi reconnue à ces derniers n'emporte pas une différence radicale avec la situation des majeurs. Car elle n'emporte pas interdiction générale d'expulser les mineurs<sup>100</sup>.

Une situation identique prévaut en cas d'éloignement fondé sur l'irrégularité du séjour. Semblable mesure n'est en principe envisageable que dans les États subordonnant le maintien sur le territoire des mineurs à la possession d'une autorisation. Elle ne devrait *a priori* pas concerner ceux qui, comme en France, n'exigent aucun titre<sup>101</sup>. C'est oublier qu'en la matière, ainsi qu'on l'a déjà indiqué, la situation de l'enfant suit en grande partie celle de ses parents ou représentants. L'enfant étranger est certes un étranger particulier, distinct des adultes, son sort n'en est pas moins fréquemment lié à celui qui leur est réservé. Aussi bien pour-

---

ne l'exonère pas automatiquement de la possession d'une autorisation pour entrer de nouveau dans l'État quitté. Afin de simplifier la procédure, a ainsi été instauré en France un *document de circulation pour Enfants étrangers* valant autorisation d'entrer.

- 96 Les nationaux ne peuvent faire l'objet d'une expulsion. Cette interdiction, de nouveau susceptible de se rattacher au droit de n'être pas « *arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays* » évoqué au paragraphe 4 de l'article 12 du PIDCP, est par exemple expressément consacrée dans le Protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme du 16 sept. 1963 (art. 3, 2).
- 97 L'expulsion au sens large regroupe toutes les formes d'éloignement d'un territoire, à l'exclusion de l'extradition (voy. p. e. : Commission du droit international « *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers* », 2014, Doc. NU A/CN.4/L.832, art. 2). Dans un sens strict, ici retenu, l'expulsion concerne uniquement l'éloignement pour une cause autre que l'irrégularité du séjour, principalement en cas de menace grave pour l'ordre public (voy. p. e. : CEDESA, art. L. 521-1).
- 98 Cela ressort de l'arrêt *Maslov* dans lequel la Cour, qui avait eu jusqu'alors à connaître seulement de l'hypothèse d'une expulsion d'un majeur pour des actes commis alors qu'il était mineur, se prononce sur l'éloignement d'un mineur (CEDH, GC, 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche* : G. DE BECO, « *L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », *RTDH*, 2009, vol. 80, pp. 1091-1108).
- 99 CEDH, GC, *Maslov c. Autriche*, *op. cit.*, § 82.
- 100 Il en va de même au niveau international. En précisant les garanties à apporter aux personnes vulnérables, dont les enfants – pour lesquels l'intérêt supérieur doit être une considération primordiale (art. 15,2) –, le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté lors de sa soixante-sixième session (2014) par la Commission du droit international suggère que, à son appréciation, le droit international positif admet que de telles mesures soient prises (Doc. UN A/CN.4/L.832). En revanche, certains États excluent la possibilité d'expulser les enfants, à l'instar de la France (CESEDA, art. L. 521-4).
- 101 *Cf. supra*.

ra-t-il être amené à quitter le territoire avec ces derniers, s'ils sont dépourvus des documents les autorisant à s'y maintenir<sup>102</sup>. Motif pris de la nécessaire préservation de l'unité familiale<sup>103</sup>. L'on peut cependant douter de ce que l'intérêt de l'enfant soit en toute hypothèse de suivre son/ses parents en dehors du territoire. Ce que semble désormais admettre le juge administratif français, qui reconnaît que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pleinement pris en considération pour toute décision le concernant tant – et c'est classique – pour les « *décisions qui ont pour objet de régler [sa] situation personnelle* » que – ce qui est nouveau – pour « *celles qui ont pour effet d'affecter, de manière suffisamment directe et certaine, [sa] situation* »<sup>104</sup>. Sont alors en particulier concernées les décisions d'éloignement touchant ses parents<sup>105</sup>.

L'intérêt supérieur vient encore garantir les droits de l'enfant étranger lorsque celui-ci se trouve privé de liberté. L'on retrouve le paradoxe déjà évoqué de la situation de l'enfant *accompagné*, dont la condition est fortement liée à celle des adultes qu'il accompagne. L'enfant étranger peut être l'auteur d'une infraction relevant de la législation criminelle et faire l'objet, en conséquence et à l'instar du national, d'une mesure de privation de liberté. Laquelle se distingue de celle qui sera le cas échéant prise en raison de l'irrégularité au regard de la législation relative à l'immigration. D'une part, la seconde est propre à l'étranger, à l'exclusion donc des nationaux. D'autre part, et dès lors que l'irrégularité ne saurait constituer en elle-même une infraction pénale, elle devrait être prononcée par une autorité administrative et non judiciaire<sup>106</sup>. Le vocabulaire, flottant au niveau international, est ici plus marquant dans l'ordre juridique interne où la *détention* (pénale) est ainsi distincte de la *rétenion* (administrative).

Cette dernière pourra s'effectuer à deux niveaux. À la frontière d'abord, soit à l'occasion de l'examen de la demande *d'entrée* sur le territoire. La privation sera alors susceptible d'être effectuée au sein d'espaces dédiés (*zones d'attente*). Elle pourra aussi l'être dans des lieux communs avec l'autre hypothèse de rétention, à savoir celle concernant les étrangers en attente d'exécution d'une mesure d'éloignement préalablement prononcée (*centres de rétention*).

L'une et l'autre font l'objet d'un encadrement de plus en plus rigoureux, spécialement dès lors que sont concernés les enfants. Cet encadrement concerne, en premier lieu, le *principe même* de l'adoption d'une mesure privative de liberté découlant de la seule irrégularité au regard de la législation sur l'immigration. Les différents organes (juridictionnels ou non) en charge du respect des droits de l'homme tendent à considérer qu'une telle mesure ne devrait plus être prononcée

102 Par où l'on voit la fragilité de la situation de l'enfant étranger et la différence avec le national. Tandis que l'un possède un *droit à séjourner*, au sens d'une prérogative « opposable » aux autorités et qui le prémunit de ce fait d'une mesure d'éloignement, l'autre se voit tout au plus accorder la *liberté* de demeurer sur le territoire, sans que celle-ci ne s'accompagne d'un droit. Au regard du séjour, le droit est protecteur du premier, indifférent à l'égard du second.

103 Laquelle pourra cependant, et à l'inverse, justifier une remise en cause de la mesure d'éloignement. C'est ce qui ressort notamment de l'important arrêt *Tarakhel* dans lequel la Cour européenne, réunie en grande chambre, conclut à la violation de l'article 3 faute pour les autorités suisses d'avoir, au préalable, obtenu auprès des autorités italiennes l'assurance d'une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale (CEDH, GC, *Tarakhel c. Suisse*, 4 nov. 2014, n° 29217/12 : *RTDH*, 2016, n° 105, pp. 245-260, note C. LAGEOT).

104 CE, 25 juin 2014, n° 359359 (*AJDA*, 2014, p. 1415).

105 Voy. not. : CAA Bordeaux, n° 15BX03164, 15 mars 2016 ; CAA Paris, n° 15PA04223, 7 avr. 2016.

106 Ce principe, énoncé au bénéfice des enfants (CDE, Observation générale n° 6 (2005), *op. cit.*, § 61) tend à être consacré pour l'ensemble des étrangers (« Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants », avr. 2012, § 13 : Doc. NU A/HRC/20/24).

à l'égard des mineurs eux-mêmes<sup>107</sup>. Mais cette interdiction souffre encore dans la pratique d'exceptions. La législation française est ici illustrante : si, d'un côté, le fait de ne pas exiger la possession d'un titre de séjour s'oppose à l'adoption d'une mesure d'éloignement à l'encontre d'un mineur, partant, s'il est exclu qu'il soit placé en rétention dans le cadre de la mise à exécution d'une telle décision, il peut toujours l'être, quoique cela doive être exceptionnel, au niveau de l'entrée sur le territoire<sup>108</sup>. Et les exemples sont nombreux – et retentissants – de mineurs maintenus dans les zones d'attente notamment au sein des aéroports<sup>109</sup>.

De même que pour l'éloignement, l'enfant pourra également suivre l'adulte qu'il accompagne, destinataire d'une mesure de placement. En dépit de la terminologie employée – il est « accueilli » – et malgré l'absence de décision individuelle le concernant, il se trouve alors bien privé de sa liberté. Cette situation n'a (de nouveau) eu de cesse d'être dénoncée par les instances internationales ou nationales en charge de la défense des droits des individus. Critiques auxquelles le législateur a pu se montrer sensible qui, à la faveur de la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers, renverse la perspective en faisant de la rétention l'exception (le principe étant la prise de mesures alternatives), d'autant plus lorsque l'étranger est accompagné d'un mineur<sup>110</sup>.

La présence de mineurs aux côtés de leurs accompagnants dans les centres administratifs de privation de liberté n'en demeure pas moins une possibilité. Lorsqu'elle intervient, elle doit respecter les conditions imposées par les divers organes régionaux comme internationaux. Tel est le biais permettant de pallier les difficultés à imposer le principe de l'interdiction des mesures de placement en rétention affectant les mineurs. En dépit d'un resserrement du cadre, aucun n'a pour l'heure osé en déployer toutes les potentialités et aller jusqu'à proscrire ces situations. Topiques sont à cet égard les quatre arrêts rendus le 12 juillet 2016 par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des centres de rétention en France<sup>111</sup>. D'un côté, les standards retenus par la Cour semblent tellement élevés que l'on en vient à se demander si, en dépit des aménagements mis en place par les autorités françaises afin d'affecter le moins possible le développement des enfants dans ces lieux<sup>112</sup>, l'État pourra échapper à une condamnation<sup>113</sup>. Pour autant, le Juge de Strasbourg ne va pas jusqu'à prononcer, ainsi

107 CDE, Observation générale n° 6 (2005), *op. cit.*, § 61.

108 La loi du 29 juillet 2015 portant réforme du droit d'asile est venue encadrer, mais sans exclure, l'hypothèse du maintien en zone d'attente d'un mineur non accompagné (CESEDA, art. L. 221-1). Le législateur n'a ainsi pas pleinement répondu aux critiques formulées tant par le Comité des droits de l'homme dans les Observations finales concernant le dernier rapport périodique de la France (Doc. NU CCPR/C/FRA/CO/5, 17 août 2015, §§ 18 et 19) que par le Comité national consultatif des droits de l'homme (CNCDH) (*Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014 ; *Avis sur le projet de loi de réforme du droit d'asile*, 20 nov. 2014). Le Défenseur des droits a de même réitéré ses critiques sur ce point dans le rapport remis en mai 2016 sur *Les droits fondamentaux des étrangers* (pp. 36-37).

109 Ainsi de ce mineur isolé comorien de 8 ans maintenu en zone d'attente à Roissy (Défenseur des droits, « Sortie de l'enfant comorien retenu 12 jours en zone d'attente à Roissy : le Défenseur des droits reste vigilant », Communiqué de presse, 1<sup>er</sup> avril 2016).

110 CESEDA, art. L. 551-1.

111 CEDH, 12 juill. 2016, *A. B. et autres c. France*, n° 11593/12 ; CEDH, 12 juill. 2016, *A. M. et autres c. France*, n° 24587/12 ; CEDH, 12 juill. 2016, *R. C. et V. C. c. France*, n° 76491/14 ; CEDH, 12 juill. 2016, *R. K. et autres c. France*, n° 68264/14.

112 Aménagements auxquels la France avait notamment été contrainte à la suite de l'arrêt *Popov* (CEDH, 12 janv. 2012, n° 39472/07 et 39474/07 : *RCDIP*, 2012-4, pp. 827-841, note K. PARROT ; *RTDH*, 2013, n° 95, pp. 681-696, note C.-A. CHASSIN ; *JDI*, 2013-4, pp. 1283-1286, note A. GLAZEWSKI).

113 L. Burgogue-Larsen, *AJDA*, 2016, p. 1738.

que l'y invitait pourtant le Défenseur des droits, une condamnation de principe de la rétention administrative des enfants migrants<sup>114</sup>. Protégés contre les conséquences dommageables de ces mesures de privation de liberté, les mineurs ne sont en revanche pas prémunis en toute hypothèse contre une telle privation.

...

La rétention illustre nettement la tension qui traverse l'ensemble de la problématique des migrations internationales. Tandis que les États inclinent à la traiter sous l'angle de la *protection de leur territoire* contre un « flot » qu'il conviendrait d'endiguer, les organes (juridictionnels ou non) en charge de la défense des droits de l'homme – aux niveaux international, régional comme national – insistent sur la dimension de *protection de migrants* qui se trouvent exposés à des périls dont le nombre et l'importance vont croissants. Il en va d'autant plus ainsi pour les enfants étrangers.

Aussi bien les seconds rappellent-ils avec constance aux premiers qu'ils sont *enfants* avant que d'être *étrangers*. La prise en compte de leur intérêt supérieur justifie qu'ils bénéficient de mesures de protection les différenciant des adultes, cependant que le principe de non-discrimination les rapproche de la condition des enfants ayant la nationalité de l'État sur le territoire duquel ils se situent. Ce rapprochement ne signifie toutefois pas une équivalence. La nationalité continue de constituer une différence objective justifiant l'adoption de mesures spécifiques. Quoiqu'il soit avant tout enfant, l'enfant étranger n'en reste pas moins, en droit, étranger ; comme tel, il continue d'être juridiquement distinct du national.

Les différences traversent en réalité cette catégorie. La figure de l'enfant étranger ne peut dissimuler la pluralité de visages des enfants étrangers. Il nous a été donné au long de l'étude de croiser celui (lorsque l'État soumet sa présence sur le territoire à autorisation) du mineur en situation irrégulière. D'autres peuvent également être évoqués. L'enfant en bas âge, celui en situation de handicap, l'indigène ou l'adolescent ont ainsi retenu spécialement l'attention du CDE, qui leur a consacré une observation générale<sup>115</sup>. Pour le Comité, il s'agit alors immanquablement de se saisir de la vulnérabilité que partagent les membres de chaque sous-ensemble pour renforcer les droits et rehausser le degré de protection. Il en est, en revanche, pour qui la vulnérabilité servira fort utilement à se focaliser à peu de frais sur certaines situations, marginales, afin de mieux détourner l'attention sur d'autres, plus exigeantes sinon contraignantes. On l'a dit : il faut se méfier des effets de loupe.

114 *Idem.*

115 Voy. resp. : Observation générale n° 7 (2005) (Doc NU CRC/C/GC/7, 20 sept. 2006) ; Observation générale n° 9 (2006) (Doc. NU CRC/C/GC/9, 27 fév. 2007) ; Observation générale n° 11 (2009) (Doc. NU CRC/C/GC/11, 12 fév. 2009) ; Observation générale n°20 (2016), *op. cit.* Sur cette dernière catégorie, voy. : F. AUMOND, « L'adolescent migrant : de l'identification d'un groupe singulier à la consécration d'une nouvelle catégorie juridique ? », *Droits fondamentaux*, 2017, 31 p. (disponible à l'adresse suivante : [droits-fondamentaux.u-paris2.fr](http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr)).