

SITUATION DES MINEURS NON ACCOMPAGNÉS EN ESPAGNE APRÈS LA NOUVELLE LOI (2009) SUR L'IMMIGRATION

*Gloria Esteban de la Rosa**

PTU Droit international privé (Université de Jaén, Espagne),
Directrice de l'Observatoire Permanent sur l'immigration à Jaén

Abstract:

It is well known that the arrival of immigrant's children into Spain has increased during the last decades. The application of the Spanish Protection Law to that kind of cases has several difficulties because of its economic reasons. In Spain, it has entry into force a new modification (2009) of the Immigration Law. Article 35 says that it is necessary to verify if it is possible the repatriation of the children to their origin countries. In every case, if they are more than 18 years old, they should have incomes to remain in Spain.

Keywords: Immigration, Spanish Immigration Law, immigrant's children, international cooperation, repatriation, children rights

Resumé:

A partir des années 90 du siècle dernier, l'Espagne est devenue un pays d'arrivée de mineurs non accompagnés. L'application des règles de protection de l'enfance, prévues pour les cas relatifs aux enfants et jeunes non accompagnés n'a pas contribué à donner une réponse adéquate à ce fait social. En plus, l'Espagne a préparé une modification de la Loi des étrangers, à travers la Loi 2/2009. Le nouvel article 35 de la Loi Organique 2/2009 prévoit que, c'est nécessaire, en premier lieu, de vérifier si les mineurs peuvent retourner à leur pays d'origine. En tout état de cause, une fois que les mineurs atteignent l'âge de 18 ans, ils peuvent rester en Espagne s'ils disposent de moyens économiques.

Mots clé: Immigration, mineurs non accompagnés, système transnational de protection de l'enfance, rapatriement des mineurs, protection des mineurs

Introduction:

Comme on le sait déjà, l'émigration des mineurs depuis leurs pays d'origine vers l'Espagne, plus concrètement vers la Communauté Autonome (CA) d'Andalousie, a débuté dans les années 90 et se poursuit jusqu'à nos jours, en particulier de personnes de nationalité marocaine, mais pas exclusivement. Selon l'information disponible, obtenue des mineures eux-mêmes, leur arrivée en Espagne est en étroite relation avec les trois facteurs clés suivants: en premier lieu, le fait indéniable que leur émigration vers les pays de l'Union Européenne (UE) est une espérance de développement socioéconomique pour plusieurs jeunes africains, qui manquent dans leurs zones d'origine de possibilités d'épanouissement. En second lieu, il y a le Système Intégral de Vigilance Extérieur (SIVE) qui permet la détection de pratiquement toutes les pirogues qui arrivent aux côtes espagnoles, ce qui permet le rapatriement immédiate de toutes les personnes adultes.

En échange, la législation sur la protection des mineurs et le nouveau décret royal (RD) 557/2011, du 20 avril, a travers lequel a été approuvée le Règlement d'exécution^{xxix} (RLOExIS) empêchent le rapatriement dans l'immédiat des mineurs conformément à ce que prévoit l'art. 35 de la Loi Organique 4/2000, du 11 janvier, sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration (LOExIS).

Cette norme a été modifiée récemment, après l'entrée en vigueur de la Loi Organique 2/2009, du 11 décembre, reformant la Loi Organique 4/2000, du 11 janvier, sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale^{xxx}. D'autre part, cette norme a été développée par les arts. 189 à 198 du RLOExIS. La nouvelle régulation reprend les sentences prononcées par le Tribunal Constitutionnel en 2008, deux cas qui ont eu lieu pour violation de l'art. 24 de la Constitution Espagnole (CE,) du fait que les mineurs de nationalité marocaine ont été sans défense car les procédures d'expulsion contre eux ont été promues par l'entité publique d'assistance qui avait assumé la tutelle.

En troisième lieu, le traitement intégral réservé aux mineurs par le système public de protection peut être en train de produire un «effet d'attraction» pour un nombre plus important de jeunes et de leurs familles^{xxxi}. Effectivement le système de protection des mineures met à la disposition des Mineurs Étrangers Non Accompagnés (MENAs) les mêmes ressources, mesures et programmes que pour les enfants espagnoles: tutelle administratif, centres d'accueil résidentiel dans lesquels ils bénéficient d'une pleine attention affective et matérielle, des programmes de formation et d'insertion socioprofessionnelle, programmes, ressources et maisons (d'émancipation et pleine autonomie).

De toute manière, la grande présence de mineurs étrangers en Espagne repose la question de savoir si le “*système de protection de l’enfance*” répond de façon appropriée aux nécessités et demandes, ou bien l’élément socio-économique de l’immigration requiert d’autres modalités qui ne consistent pas seulement à sa tutelle (par l’entité publique), mais aussi en une reconnaissance pleine de leurs droits, en particulier le libre développement de la personnalité (art. 10, 1° CE), ce qui constitue l’aspect dynamique de la dignité humaine. Cela implique l’individu est propriétaire de son propre développement vital^{xxxii}.

LES MINEURS ETRANGERS NON ACCOMPAGNES ET LEUR SITUATION EN ESPAGNE

Situation administrative

Come déjà indiqué, la LO 2/2009, du 11 décembre a modifié non seulement l’art.35 de la LOExIS, mais aussi le régime juridique général de l’immigration, ce qu’il convient de voir brièvement avant de d’exposer la nouvelle régulation dans le domaine des mineurs non accompagnés, dans le but de mettre en contexte la réforme de l’art. 35. Comme l’indique l’Exposition de Motifs de la LO 2/2009 dans le but d’incorporer au droit espagnol les directives adoptées par l’UE, dans ce domaine générique, afin de doter à la même UE un corps normatif commun en matière d’immigration.

Concrètement, l’Exposition de Motifs de la Loi Organique 2/2009 cite le *Pacte européen sur l’immigration et l’asile*, soutenue par les 27 Etats membres de l’UE, au Conseil européen du 16 octobre 2008, qui établit comme principaux objectifs: avoir une immigration légale et ordonnée, lutter contre l’immigration illégale et favoriser l’intégration des immigrés légaux par un équilibre entre droits et devoirs.

À partir de la perspective du système d’immigration espagnole, les mineurs ont été considérés d’une forme tellement spécifique qu’on peut dire, en ce moment qu’il s’agit d’une situation spéciale face aux situations générales, régulées aux arts. 29 et ss de la LOExIS. La spécificité consiste à considérer que les mineurs doivent être traités de façon différente des situations générales des étrangers, vu que la régulation doit être inspirée par le principe de l’intérêt supérieur du mineur.

Ainsi que l’âge de 18 ans marque la différence de protection et de promotion des droits des mineurs, qu’établit le système juridique espagnole et de chaque Communauté Autonome (CA), dans la mesure où ces dernières ont compétence déléguée par l’Etat pour la conservation, développement et modification de la législation civile (art.149, 1, 8° CE en relation avec l’art.149, 3° CE), et aussi dans le domaine de “*l’assistance sociale*” (art. 148, 1, 20° CE), éducatif, etc^{xxxiii}.

D'autre part, la normative relative à la protection des mineurs s'applique au sein du territoire espagnol, sans tenir compte de la nationalité du mineur, vu que la régulation nationale comme les normes promulguées par les Communautés Autonomes (CCAA) comprennent expressivement ces indications. Cela veut dire que les CCAA ont compétence spécifique relative à la protection des mineurs (y compris ceux qui n'ont pas la nationalité espagnole), par le fait qu'ils se trouvent dans leurs territoires respectifs, dans la mesure où les normes promulguées par les dites CCAA établissent des indicateurs spatiales qui délimitent leur application conformément à ce critère.

En troisième lieu, l'Espagne fait partie d'une pluralité de conventions internationales, ainsi qu'une pluralité de normes d'origine communautaire qui régulent les mesures et instructions de protection des mineurs. L'Espagne non seulement appartient à la Convention des NU sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDN), mais aussi à nombre de déclarations et pactes tendant à reconnaître et garantir les droits de l'enfant sans tenir compte de sa nationalité d'origine.

Dans tous les cas, le mineur immigrant qui se trouve sous la tutelle, la garde ou la protection provisoire du service de protection des mineurs, si le rapatriement n'a pas lieu, obtiendra une autorisation de résidence, qui englobera le moment de son arrivée au service de protection des mineurs (art. 196, 4° RLOExIS). La validité de résidence sera d'une année et la validité de l'autorisation renouvelée sera aussi d'une année si elle ne correspond pas à une autorisation de longue durée (art. 196, 5° RLOExIS).

Leur régime de protection

Dans l'ordonnancement juridique espagnol, il y a eu une évolution dans la compréhension de la protection du mineur centrée, en particulier, sur la transition depuis la notion d'abandon jusqu'au concept actuel de non assistance, puisque le législateur a mis l'accent sur la situation de non-assistance du mineur, indépendamment de la couverture juridique formelle, dans laquelle il se trouve^{xxxiv}. Cela veut dire que la nouvelle notion d'abandon met l'accent sur la situation de fait du mineur et pas qu'il soit formellement protégé, puisque telle protection peut être défectueuse, ce qui entraîne un défaut de protection matérielle.

Pour cela, ce sont les circonstances du mineur qui intéressent le législateur, après la réforme par la Loi 21/1987 du 11 novembre^{xxxv}, raison pour laquelle s'approfondit la LO 1/1996, du 15 janvier 1996 (LOPM). Cependant toutes les situations n'ont pas la même gravité, sinon que la LOPJM distingue entre situation de risque (art.17) qui est celle là -de tout aspect-, qui porte préjudice au développement personnelle ou social du mineur, sans que cela ne requiert que la CCAA n'assume la tutelle par la loi, de la situation d'abandon total

(art. 18) qui se produit de fait à : “*cause du non respect ou de l'impossibilité d'exercer de manière adéquate les devoirs de protection établis par la loi relative a la garde des mineurs quand ils sont privés de l'assistance moral et matérielle nécessaire*” (172, 1^o du Code Civil).

Ainsi donc, la LOPJM est l'expression de “*situation de défaut de protection sociale du mineur*”, pour parler de toutes situations qui portent préjudice à son développement personnel et social. L'Administration compétente doit agir dans les deux cas. Or, s'il s'agit d'une situation de risque, il faudrait garantir les droits d'assistance au mineur et diminuer les facteurs de risque y difficultés sociales qui interviennent dans la situation personnelle et sociale du mineur et promouvoir les facteurs de protection du mineur et de sa famille. Cependant, seule la situation plus grave de défaut de protection (ou abandon total) donnera lieu à la saisine de la tutelle administrative.

D'autre part, en rapport avec la Communauté Autonome d'Andalousie, l'art. 23.1, 2^o de la Loi 1/1998 du 20 avril des droits et traitements du mineur^{xxxvi}, considère des situations de non protection (ou abandon total), qui seront appréciées par l'autorité administrative dans les cas suivants: l'abandon volontaire du mineur par sa famille; l'absence de la scolarisation habituelle du mineur; l'existence de mauvais traitements physiques ou psychiques ou d'abus sexuels par des personnes de l'unité familiale ou tierces personnes avec le consentement des membres de la famille du mineur; l'incitation à la mendicité, a la délinquance, ou à la prostitution, ou quelque autre exploitation économique du mineur de nature analogue; et l'addiction à la drogue du mineur avec le consentement ou la tolérance des parents ou des tuteurs.

Sont aussi considérées comme des circonstances qui valident l'abandon: troubles mentaux graves des parents ou tuteurs qui empêchent l'exercice normal du rôle de parents ou de tuteur; l'addiction à la drogue de personnes appartenant à l'unité familiale, en particulier des parents, tuteurs du mineurs, quand cela a des conséquences graves sur le développement et le bien-être du mineur; un entourage socio-familial qui détériore gravement l'intégrité morale du mineur et porte préjudice au développement de sa personnalité; l'absence des personnes à qui il revient la fonction de garde du mineur ou quand celles-ci sont dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions ou en situation de les exercer de manière dangereuse pour le mineur. D'autre part, l'art. 9, 3^o de la dite Loi prévoit que les mineurs résidants dans la CA d'Andalousie pourront recevoir des aides publiques qui facilitent leur intégration sociale.

A la différence de loi étatique, la Loi 1/1998 prévoit une troisième situation qu'elle dénomme “*conflit social*” (art. 40, 1^o), dans laquelle les mineurs, que: “*par de graves*

inadaptations puissent se trouver en situation de se porter préjudice eux-mêmes ou à d'autres". Chacune de ses trois situations –abandon, risque et conflit social- doit permettre à l'Administration autonome d'intervenir de forme différente, tenant en compte la gravité des circonstances, conforme au principe de subsidiarité progressive. Le dit principe signifie que la portée et l'intensité de l'intervention des Administrations publiques seront en fonction du degré d'abandon ou de défaut de protection que partit le mineur au sein de la famille.

Et dans ce sens, la situation d'abandon constitue la gravité suprême dans laquelle puisse se trouver le mineur, qui requiert le plus grand degré d'intervention de l'administration, par la suspension immédiate du droit d'exercer la paternité des géniteurs et la relève conséquente par l'entité publique de la fonction inhérente à l'institution (en particulier représentation légale du mineur et garde du mineur). Si la non assistance ne peut être qualifiée d'irréversible, la législation prévoit aussi d'autres formes de protection, comme c'est le cas de la "*garde administrative*"^{xxxvii}.

Pour cela, de forme générale, la législation étatique comme les lois des différentes CC.AA envisagent –au moins- deux situations dans lesquelles se trouvent les mineurs qui nécessitent l'intervention de l'administration: l'abandon et le risque. D'autre part, si l'administration autonome constate l'abandon, le rapatriement ou le retour du mineur ne peut être envisagé, plutôt que le mineur doit être protégé, c'est à dire mis sous tutelle. Pour ce motif, il n'y a pas de sens que l'entité publique assistante du mineur initie en même temps le dossier de regroupement familial de celui-ci.

Or si pour le seul fait d'être seul en territoire espagnol, se déclare une situation d'abandon, la signification et fonction de cette décision se voient altérées (et le système espagnol et andalou de protection des mineurs), dans le but de donner une réponse à la situation que pose l'arrivée des mineurs étrangers. Quand bien même cela pourrait être considéré comme "*une déclaration provisoire*" si à partir des preuves on peut déduire l'existence de concours de circonstances qui peuvent amener à constater la situation d'abandon, ceci doit être prévu par la norme régulatrice, ce qui n'est pas le cas de la Loi andalou 1/1998. L'art. 23 prévoit l'adoption de mesures immédiates dictées par la situation du mineur, mais aussi une déclaration provisoire de la situation d'abandon.

D'autre part, l'art. 18, 2° du Décret 42/2002, du 12 février, relatif au régime de tutelle et de garde administrative, en développement de la dite loi^{xxxviii}, prévoit que la seule perte de contact temporaire entre le mineur et ses progéniteurs ne doit pas être un motif valable pour déclarer la situation d'abandon, jusqu'à ce que se vérifie que telle situation est conséquente au non accomplissement des fonctions liées à la puissance paternelle des parents du mineur.

En plus, les contacts avec les familles du mineur à l'origine ne se font pas avec la même rigueur exigée en Espagne (art.23, prf. 2°, 3° et 4° de la Loi 1/1998). Quand bien même l'abandon est une situation de fait, temporellement antérieure à sa déclaration, requiert l'initiation d'un dossier administratif auquel doivent participer les parents et tuteurs du mineur, qui doivent être informés et intervenir directement. Si une participation directe s'avère impossible, la procédure doit être portée à leur connaissance pour qu'ils puissent faire les allégations qu'ils estiment convenables. Une fois l'abandon déclaré, les voies de recours doivent être notifiées aux géniteurs et aux tuteurs du mineur.

Par contre, ces phases n'ont pas lieu quand il s'agit de MENAs, il s'agit plutôt d'une procédure abrégée, au cours de laquelle, occasionnellement il y a des contacts téléphoniques avec les familles des mineurs. Pour toutes ses raisons, le traitement adéquat des enfants et jeunes marocains (de moins de 18 ans) migrants qui arrivent en territoire espagnol, nécessite une intervention graduelle des autorités administratives conforme à l'actuel système espagnol de protection des mineurs, sans procéder dans tous les cas à la constitution d'une tutelle administrative.

Il y a déjà beaucoup d'instructions dans le but d'orienter l'action du MF, par rapport aux mineurs de nationalité étrangère, entre lesquelles on peut souligner les deux suivantes: l'Instruction n° 3/2003, du 23 octobre, sur la procédure du retour des étrangers mineurs ayant entré illégalement en Espagne et qui ne sont pas en situation d'abandon. Elle a été remplacée par l'Instruction n° 6/2004, du 26 novembre^{xxxix}. Cette seconde instruction laissa la première sans effet qui –selon le Ministère Public- suscitait doutes et interprétations qui étaient en discordance avec le principe de l'intérêt supérieur du mineur.

Sans doute, l'aspect le plus critiquable de la première était l'impérativité avec laquelle le Ministère Public appliquait l'art. 319 du Code Civil aux mineurs étrangers, considérant que tous étaient émancipés du fait d'avoir eu 16 ans, et de mener une vie indépendante avec le consentement des parents. Pour cela les mineurs ne peuvent être protégés car "*les normes étatiques ou autonomiques ne peuvent être appliquées à des mineurs émancipés*". Cependant, l'application impérative de l'art. 319 du Code Civil suppose une ignorance du contenu de la "loi nationale" de la personne pour déterminer sa capacité (juridique et d'action) tel et comme dispose l'art. 9, 1° du Code Civil.

D'autre part, l'émancipation est une forme d'anticiper la majorité pour permettre au mineur de réaliser des actes ou affaires juridiques, mais n'affecte pas la protection que le droit espagnol offre aux mineurs. Pour cette raison, la voie suivie par le Ministère Public pour éviter la tutelle administrative aux MENAs par l'entité publique manque de fondement,

s'agissant plutôt d'une réponse précipitée face à une situation de "*débordement du système espagnol de protection des mineurs face à un collectif humain, qui dans sa majorité, rejette systématiquement la scolarisation et les traitements qu'on lui offre dans les centres publics*".

Cependant, le système espagnol et andalou de protection des mineurs peut faire face aux nécessités des MENAs d'une façon qui n'exige pas la déclaration d'abandon (au moins initialement), sinon qu'il peut considérer que ses personnes se trouvent dans une situation de risque. Les corporations locales sont compétentes pour apprécier, intervenir et appliquer les mesures opportunes dans les situations de risque de conformité avec l'art. 18 de la Loi 1/1998. Une fois déclarée la situation de risque, la résolution doit être communiquée à la CA pour prendre les mesures de la garde administrative. D'autre part, les mairies non seulement agissent pour détecter les situations de risque ou d'abandon des mineurs, mais aussi à travers de la prise de mesures de protection qui correspondent au premier cas.

Cependant, quand la compétence échoue à la mairie dans le domaine de la protection des mineurs, et concrètement pour déclarer la situation de risque, s'il n'y a pas d'amélioration, elles auront l'obligation de notifier et porter à la connaissance de la CA de la situation, pour que, le cas échéant que puisse se déclarer la situation d'abandon^{xl}.

Pour cela, la protection accordée au MENAs en Andalousie pourrait partir de cette qualification (conflit social ou risque), au moins durant son séjour en Espagne, décidé par le gouvernement central ou un rapatriement. L'action de l'Administration va consister ou bien à élaborer et mettre en marche un projet d'intervention sociale individuelle et temporalisé, que dans tous les cas devra entreprendre les actions et mobiliser les ressources nécessaires pour l'élimination de la situation de risque (art. 22, 2° de la Loi 1/1998); ou bien "*le développement d'actions préventives, ainsi que l'intégration sociale de ses mineurs à travers un traitement éducatif individualisé et de préférence dans son milieu socio-communautaire*" (art. 40, par. 2°).

Jusqu'à cet instant le mineur pourra être sous la garde administrative (accueil résidentiel, familial ou mixte), l'autorité des géniteurs ne sera pas suspendue, et des investigations pourront être faites avec suffisamment de temps pour voir la réalité de la situation du mineur, et s'il y a un degré élevé de gravité l'abandon peut être déclaré (art. 36, 4° de la Loi 1/1998).

Enfin, l'art. 196, 1° du RLOExIS résout la situation d'impasse qui pourrait se produire au détriment de l'intérêt du mineur si la procédure de localisation et d'identification de la famille du mineur se prolongeait. Si après 9 mois de séjour en Espagne il n'y a pas de décision pour son maintien ou son rapatriement, une autorisation de résidence lui est accordée. La norme ne prévoit pas dans tous les cas de déclarer le mineur en situation d'abandon, sinon que sa

situation sera régularisée en Espagne á travers l'octroi d'une autorisation de résidence pour une durée d'un an.

Rapatriement du mineur

Un récent document réalisé il y a peu par l'organisation *Human Rights Watch* indique que les rapatriement qui se sont faits á partir de certaines provinces de la communauté autonome d'Andalousie n'ont pas sauvegardé dans tous les cas l'intérêt des mineurs, dans la mesure où ces derniers n'ont pas été écoutés d'une part; d'autre part, ils n'ont pas été représentés de forme adéquate durant la procédure ayant conduit á leur expulsion car la propre entité publique qui est tutrice des mineurs, c'est á dire leur représentante, a elle-même promu le document d'expulsion, le conflit d'intérêt apparaissant clairement dans de tels cas.

En ce sens, deux verdicts récents du TC sont très remarquables. Le TC considère que dans ces cas il y a eu violation de l'art. 24 de la CE par rapport á l'action judiciaire, et ce á l'occasion des recours présentés contre les décisions de rapatriement de mineurs de nationalité marocaine. La décision du TC, du 22 décembre 2008 (recours n° 3319/1997), qu'il y a eu violation du droit fondamental de la tutelle judiciaire (art. 24 CE), par défaut démotivation du Tribunal Supérieur de Justice (TSJ) de Madrid (huitième session de la salle des contentieux administratifs), du 28 février 2007, par manque de raison car il ne s'agissait pas de ce qui est prévu par l'art. 18 de la Loi de Juridiction Contentieuse et Administrative (LJCA). Cette disposition prévoit les cas où le mineur peut intervenir lui même dans la procédure en défendant ses droits et intérêts légitimes sans nécessairement être assisté par la personne qui exerce d'autorité parentale.

Dans ce cas, la Commission de tutelle du mineur de la CA de Madrid, qui avait assumé la tutelle du mineur, avait promu le document de rapatriement devant la AGE (du gouvernement de la CA de Madrid), suscitant ainsi un conflit d'intérêts entre le mineur et l'entité publique d'assistance. Le TC considère que le refus du TSJ á reconnaître une capacité procédurale directe au mineur, et pour cela l'impossibilité qu'il puisse réparer ce défaut de capacité par la désignation d'un défenseur judiciaire –arguant que cette compétence est exclusive de l'ordre judiciaire civil- ont empêché á un mineur de présenter le control judiciaire d'une décision administrative (de rapatriement) qui affectait de façon directe á sa vie et sphère personnelle, violant ainsi son droit d'accès á la juridiction (art.24 CE) pour défendre ses intérêts personnels. Dans tous les cas le mineur peut se représenter lui-même, car il a le droit d'être écouté conformément á ce qu'indique l'art. 9 de la LOPJM. Et pour cela le TC déclare la nullité de la résolution fondée sur l'abandon.

Et dans ce sens, il faut citer la STC, du 22 décembre 2008, qui déclare la nullité de la sentence du TSJ de Madrid, du 28 février 2007, qui avait déclaré vouloir recourir la cause de l'inadmission de défaut de légitimation active de l'association demanderesse et le défaut de représentation et capacité procédurale du mineur. Le TC considère que c'est très rigoureux de nier la légitimation active à la dite association pour exercer les actions judiciaires en défense des intérêts du mineur marocain, ce qui a supposé une violation du droit de l'association de la tutelle judiciaire effective (art.24 CE), depuis la perspective du droit d'accès à la juridiction. L'actuelle LOExIS a repris la jurisprudence du TC à l'art 35, 6°.

L'actuelle LOExIS, ainsi que la RLOExIS ont tenté de réguler d'une forme prolifique la procédure en vertu de laquelle il y a rapatriement ou regroupement du mineur avec sa famille à son pays d'origine, dans le but que soient respectées les garanties de la procédure, en défense des droits du mineur étranger. Malgré que l'actuelle procédure pour que le rapatriement du mineur étranger soit régulé de façon telle que soit assuré son droit à être écouté, son droit à se défendre, entre autre, l'efficacité du rapatriement est questionnable dans la mesure où les mineurs rapatriés essaient de nouveau à franchir le Détroit, mettant de nouveau leur vie en danger.

D'autre part, malgré l'effort consenti par certains gouvernements autonomes pour construire ces centres, beaucoup d'association et d'ONGs sont contre leur création, car pour eux, dans plusieurs cas, il y a un grand risque d'appliquer intensément les mesures de regroupement ou rapatriement de la majorité des mineurs sans garantir la sauvegarde de leur intérêt supérieur.

Pour conclure, si le rapatriement n'est pas viable, le mineur reste sous la tutelle de l'Etat jusqu'à la majorité, lui attribuant une autorisation de résidence, et aussi après 9 mois de séjour si la décision de rapatriement n'a pas été prise (art. 196, 1° RLOExIS), et même s'il n'a pas été mis sous tutelle, sauf s'il n'y a pas eu suffisamment de temps pour faire les démarches du fait de l'âge du mineur très près de la majorité. Il faut enfin signaler que le fait d'accorder la résidence "*n'exclut pas un rapatriement du mineur quand telle opération sera possible*".

MINEURS IMMIGRES QUI ATTEIGNENT LA MAJORITE EN ESPAGNE

Renouvellement de la documentation de résidence à l'atteinte de la majorité

Le mineur immigrant qui atteint la majorité en Espagne peut se retrouver dans deux situations différentes. D'une part, il est possible qu'il ait ou non la documentation de résidence. Ces deux situations sont traitées de façon différente par le nouveau RLOExIS aux articles 197 et 198 respectivement. Dans le premier cas (supposition A), la nouvelle norme

envisage la possibilité de renouveler l'autorisation de résidence du mineur ou bien pour le fait d'avoir été postérieurement sous tutelle de l'entité publique ou bien pour le fait d'avoir obtenu la dite autorisation de résidence pour être mineur conformément à l'art. 196, 1^o RLOExIS, qui se rapporte à l'art 35, 7^o de la LOExIS.

Pour cela, le premier cas comprend deux situations: a) le mineur a été sous tutelle de l'entité publique d'assistance et, dans ce cas sa, résidence est régulière à tous les effets et, pour cette raison, la CA doit solliciter le renouvellement de la résidence. Et b) si après 9 mois de présence en Espagne, il n'a pas été possible de procéder au rapatriement, l'autorisation de résidence lui sera accordée.

Aussi bien dans l'un comme l'autre cas, quand le mineur atteint la majorité, il pourra solliciter le renouvellement de la résidence, que comme l'indique l'art. 197 du RLOExIS, se fera conformément à la procédure établie pour *le renouvellement d'une autorisation de résidence temporelle à caractère non lucratif*, mais il y a un ensemble de particularités qu'il faut prendre en compte (art. 197, 2^o RLOExIS). Si le renouvellement est accepté, il aura une durée de 2 ans (art. 197, 4^o RLOExIS), sauf s'il correspond à une autorisation de longue durée ou de résidence de longue durée UE.

Pour cela, la procédure pour le renouvellement de l'autorisation de résidence des mineurs constitue une exception par rapport aux pratiques générales de renouvellement d'autorisation de résidence non lucrative dans la mesure où: a) les moyens économiques qu'il faut accréditer correspondent à 100% de l'indicateur public de revenu d'effets multiples (IPREM), qui était en 2011 de 532,51 euros le mois; et b) les documents positifs que présentent l'entité publique peuvent être tenus en compte.

D'autre part, sera tenu en compte le degré d'insertion du mineur dans la société espagnole (art. 197, 3^o RLOExIS) qui sera déterminé à partir des estimations suivantes: a) le respect des normes de convivialité dans le centre de protection; b) le degré de connaissance des langues officielles de l'Etat; c) l'existence de liens familiaux en territoire espagnol avec des citoyens espagnols ou étrangers résidents en Espagne; d) la période durant laquelle le mineur est resté sous tutelle de l'entité publique espagnole ou d'un citoyen espagnol; e) la poursuite des études; f) l'existence d'une offre ou d'un contrat de travail; et g) la participation à des séminaires de formation.

Enfin, dans ce cas, la modification de l'autorisation de résidence en cours peut être sollicitée pour l'obtention d'une autorisation de résidence et de travail, comme l'établit l'art. 200 du RLOExIS, quand, d'une part l'employeur présente la sollicitude d'autorisation et que se remplissent les conditions de l'art. 64 du RLOExIS, à l'exception de ce que dispose le

parf. 3° lettre a) que l'employeur présente un contrat de travail signé par lui-même et par le travailleur; b) que les conditions stipulées dans le contrat soient conformes à la norme en vigueur; c) que l'employeur ait inscrit le travailleur à la sécurité sociale avec le statut correspondant; d) que l'employeur ait les moyens économiques, matériels et personnels suffisants pour son projet; e) que le travailleur ait la qualification, et le cas échéant, la qualification professionnelle légalement exigible pour l'exercice de la profession; et f) que la taxe d'autorisation le travail au compte d'un tiers ait été payée.

En second lieu pour le mineur qui n'a pas pu obtenir une autorisation de résidence durant la période de la minorité, après son arrivée en Espagne, mais qui a été sous la tutelle et protection d'un service public (supposition B), l'art. 198, 1° du RLOExIS dispose que l'entité publique pourra recommander l'attribution d'une autorisation de résidence temporelle pour circonstances temporelles. Cependant il faudra compter avec des moyens économiques à hauteur de 100% de l'IPREM. La dite autorisation durera un an (art. 130, 1° RLOExIS) et pourra être une autorisation de travail si: a) le mineur obtient un contrat de travail, si sont réunies les conditions qu'établit l'art. 198, 2°, lettres b) et c) du RLOExIS et son entrée en vigueur est conditionnée à l'affiliation postérieure et à l'inscription du travailleur à la sécurité sociale.

Participation aux programmes de formation et d'autonomie pour jeunes

L'art. 35, 9° de la LOExIS contient un mandat clair en vertu duquel: *“les CCAA développeront les politiques nécessaires pour rendre possible l'insertion des mineurs au marché du travail quand ils atteignent la majorité”*. Cela veut dire, qu'à la différence de la régulation antérieure, il y a un mandat clair qui oblige les CCAA à créer de tels programmes destinés à incorporer les mineurs immigrants au marché du travail quand ils atteignent la majorité et s'ils réunissent les conditions qu'indique le RLOExIS, c'est à dire s'ils ont l'autorisation de résidence, ainsi qu'un contrat de travail.

Par rapport aux conditions pour participer au programme de formation, le document du demandeur du mineur (en Andalousie), déjà en 2003 constatait que les mineurs immigrants ne réalisaient pas les Programmes de Garantie Sociale car ne disposant pas la “carte de demandeur d'emploi”. Actuellement ces programmes ont été remplacés par les Programmes de qualification initiale, que régit maintenant la Loi Organique 2/2006 du 3 mai, d'éducation, destinés aux élèves de moins de 16 ans qui n'ont pas pu achever le cycle secondaire obligatoire, afin de promouvoir leur insertion au marché du travail (art. 30)^{xii}. Il faut aussi prendre en compte que tous les services des CCAA (dans le cas andalou, le Service Andalou d'Emploi), n'ont pas les mêmes critères par rapport à l'obligation d'avoir une

autorisation de résidence et/ou de travail pour participer aux activités formatives destinées à l'insertion au marché du travail des mineurs.

Dans tous les cas, le nouvel art. 40, 1^o, lettre j) de la LOExIS prévoit que les mineurs devraient avoir une autorisation de travail pour pouvoir entreprendre une activité de travail, à partir de 16 ans, sans nécessairement la vérification de la situation nationale d'emploi. Cet art. Indique: *“ne sera pas tenue en compte la situation nationale d'emploi quand le contrat de travail est destiné à: (...) j) mineurs étrangers, pouvant travailler, avec une autorisation de travail, qui ont été sous tutelle de l'entité de protection des mineurs, pour certaines activités, qui selon l'entité, favorise l'intégration sociale, et une fois prouvée l'impossibilité de retour des mineurs avec leur famille ou à leur pays d'origine”*

Pour cela: que se passe-t-il si le mineur immigré n'a pas été sous tutelle? Ne pourra-t-il pas obtenir l'autorisation du travail? Et, d'autre part, pourra-t-il s'inscrire comme demandeur d'emploi? S'ils peuvent s'inscrire comme demandeurs d'emploi, comme dispose l'ordonnance TAS/3698/2006 du 22 novembre^{xliii}, modifiée par l'Ordonnance TAS/711/2008 du 7 mars. L'art. 1 de l'ordonnance de 2006, qui n'a pas connu de modification, dispose: *“1. Peuvent s'inscrire comme demandeurs d'emploi les mineurs étrangers en âge de travailler, sous tutelle de l'entité de protection compétente (...). 2. Les mineurs qui n'auront pas l'autorisation de résidence pourront accéder aux activités ou programmes d'éducation ou formation mis à leur disposition, si les circonstances ont été postérieurement et individuellement justifiées par l'entité de protection des mineurs au niveau des services compétents pour l'inscription”*.

En troisième lieu, le temps que le mineur a été sous tutelle administrative sera comptabilisé pour accéder à une autorisation de résidence de longue durée (art. 32, 2^o LOExIS), si à 18 ans le mineur aura passé les 5 dernières années, sans interruption, sous tutelle administrative [art. 148, 3^o lettre e) RLOExIS]. L'âge d'arrivée des mineurs ne permet pas d'atteindre ces cinq années, malgré une interprétation favorable aux intérêts du mineur lorsque l'âge ne peut être déterminé avec exactitude (sinon avec une marge d'erreur de 2 ans) qui aura un effet rétroactif positif sur l'attribution de l'autorisation de résidence (art. 196, 4^o RLOExIS).

Pour cela, si les 5 ans ne sont pas atteints, au moment où le mineur a 18 ans, pour le séjour du mineur en Espagne, il faut une demande de renouvellement ou bien de l'autorisation de résidence ou bien de l'autorisation de résidence et de travail. Ces mineurs cessent d'être sous tutelle administrative, situation qui peut générer de nouveaux problèmes, s'ils n'ont pas de moyens économiques pour vivre à leur propre compte. Pour de tels cas,

l'administration de la CA d'Andalousie est en train de promouvoir des plans et programmes spécifiques destinés à leur incorporation sociale, sans quoi, il sera très difficile de renouveler (art. 197 RLOExIS) ou d'obtenir une autorisation de résidence (art. 198 RLOExIS).

Ainsi le programme d'autonomie pour jeunes -ex sous tutelle- «Proinvida» qui est destiné à des jeunes ayant été tutelés par la JA entre dans le programme de majorité que le conseil d'égalité et de bien être que met en marche la JA, après avoir constaté la situation de désavantage dans laquelle se trouvent de nombreux jeunes, une fois sortis des centres d'accueil, à l'âge de 18 ans. C'est la croix rouge espagnole qui réalise ce programme après avoir signé une convention avec le conseil pour l'égalité et le bien être social. Ce programme est destiné à des jeunes de 18 à 20 ans, qui ayant été sous protection de l'Assemblée d'Andalousie, et pour leur situation socio-personnelle nécessitent appui et accompagnement pour leur insertion sociale et dans le marché du travail.

Le programme d'autonomie pour jeunes facilite l'intégration sociale des jeunes sur les bases suivantes: la formation pour l'emploi et les mesures qui facilitent l'accès au marché du travail; appartement et forme de logement transitoire qui permettent une indépendance de vie dans la mesure où les jeunes développent leur autonomie propre; la tutorisation de processus d'insertion sociale, des itinéraires de travail individualisés et une vie autonome des jeunes.

Il existe d'autres programmes, comme le "Labora" que dirige la Fondation Diagrama, où l'accent est mis sur la sensibilisation et la médiation avec les entreprises. L'objectif de ces programmes est d'atteindre l'autonomie du mineur pour qu'il soit capable de vivre de forme indépendante. Afin d'appuyer cette transition, se mettent en place de façon ascendante des ressources adéquates comme les logements de transition avec le but de constituer un pont entre la vie dans les centres de protection et la vie totalement indépendante. Pendant ce temps on renforce les actions destinées à une insertion communautaire normalisée principalement à l'acquisition de compétences basiques.

Les agissements d'ensemble, aussi bien des administrations du travail qu'éducatives, comme le programme national de formation professionnelle font que les jeunes sans qualification puissent avoir un emploi, à travers l'acquisition de compétence professionnelle exigées par le système productif. Les interventions, jusqu'en ce moment, ayant donné le meilleur résultat du point de vue de l'intégration sociale des MENAs, sont l'expression de la technique de "*l'administration concertée*" qui est basée sur la recherche de mécanismes de collaboration entre différentes entités non lucratives y d'initiatives sociales et les administrations compétentes dans le but d'être capable d'apporter des réponses intégrales aux nécessités spécifiques que présente ce collectif de mineurs immigrants.

D'autre part, il faut souligner les mesures mises en pratique dans les centres de protection des mineurs, en particulier celle qui retrace "*le cahier de bonnes pratiques dans le traitement de mineurs immigrants en Andalousie, de l'Observatoire Andalou de l'Enfance*", relative au projet que réalisa entre 2004 et 2005 au centre Angel Ganivet (Granada). Ce programme essayait de mettre en marche de nouvelles voies d'accès au marché du travail, à travers leur formation, il s'agissait de convaincre les institutions publiques d'organiser des cours de formation pour les MENAs sans documentation.

Les opportunités professionnelle furent étudiées, cherchant des entrepreneurs qui s'engagent à offrir un contrat de travail aux MENAs, une fois leur formation terminée. Ce programme donna un résultat satisfaisant, puisque de 58 mineurs de plus de 16 ans (avec 86% de MENAs sous tutelle de l'administration), 50 termineront les cours (cuisiniers, serveurs, menuisiers et menuisiers métalliques).

Enfin il faut citer la Loi 44/2007, du 13 décembre, pour la régulation du régime des entreprises d'insertion^{xliii}, dont l'objectif est de réguler le régime juridique des entreprises d'insertion et d'établir un cadre de promotion et d'insertion au marché du travail et qui concerne les personnes en situation d'exclusion sociale. Les premières entreprises d'insertion naissent en Espagne au milieu des années 80, avec l'objectif de permettre à des personnes en situation ou risque d'exclusion sociale de réaliser un apprentissage dans un milieu professionnel pour le développement d'activités économiques.

COLLABORATION ENTRE LES ADMINISTRATIONS IMPLIQUEES ET LES PAYS D'ORIGINE DES MINEURS

L'art. 35 de la LOExIS souligne l'importance de la coopération des administrations publiques impliquées dans la protection de l'enfance en Espagne, entre elles, et les autorités des pays d'origine des mineurs. Le prf. 1° prévoit: "*le gouvernement va promouvoir l'établissement d'accord de collaboration avec les pays d'origine qui envisagent la prévention de l'immigration irrégulière, la protection et le retour des MENAs. Les CCAA seront informées de tels accords*". L'Espagne et le Maroc ont souscrit une convention pour le rapatriement assisté des mineurs.

D'autre part, il faut citer dans le cas concret d'Andalousie, la convention de collaboration entre le ministère du travail et d'affaires sociales et le conseil pour l'égalité et le bien-être social de la CA andalou pour le traitement de MENAs, le 11 décembre 2007, dont l'objectif est l'amélioration, l'ampliation des ressources nécessaires pour le traitement des MENAs face aux nouveaux besoins générés par l'arrivée en nombre élevé des MENAs à son territoire (art. 1°)^{xliv}.

En troisième lieu, l'Administration Générale de l'Etat et les CCAA pourraient établir des conventions avec des Organisations non Gouvernementales (ONGs), fondations et entités consacrées à la protection des mineurs dans le but de leur attribuer la tutelle ordinaire des NENAs (art. 35, 11° LOExIS). Et, enfin, les CCAA pourraient arriver à des accords avec des CCAA où se trouvent les MENAs pour assumer la tutelle et prise en charge afin de garantir aux mineurs de meilleures conditions d'intégration (art. 35, 12° LOExIS).

Conclusions:

La protection et promotion des mineurs étrangers immigrants requièrent dans les cas, la valorisation de l'intérêt supérieur du mineur, comme principe et valeur qu'inspire la régulation de ce secteur de l'ordonnancement espagnol, aussi bien pour ce qui concerne la normative relative aux étrangers et à l'immigration, qu'à la spécifique protection du mineur. La nouvelle régulation des étrangers et de l'immigration en vigueur en Espagne, après la réforme de la LOExIS par la Loi Organique 2/2009 conduit à la nouvelle rédaction de l'art. 35, qui a été développé amplement dans l'actuel RLOExIS.

La nouvelle régulation opte clairement pour la création d'un «système transnational de protection de l'enfance», en particulier, entre le pays étranger de résidence du mineur et son pays d'origine, qui doit être articulé en vertu des accords de coopération, qui non seulement comprennent la question du rapatriement ou regroupement familial, mais la prévention des situations de risque au sein des familles, ce qui rend nécessaire l'emploi des techniques et instruments propres de la coopération au développement^{xlv}.

* Ce texte est partie de l'allocution présenté dans le Colloque international sur “*La situation juridique des enfants migrants non accompagnés*”, 2-4 mai 2012, Faculté de Droit, Souissi (Rabat, Maroc). La traduction en français a été fait par Cherif Ba, Maîtrise es Lettres et Civilisations germaniques par l'Université Cheikh Anta Diop (Dakar, Sénégal) et Master sur “Culture de Paix, éducation, droits humaines et Conflits” par l'Université de Grenade (Espagne).

¹ *Bulletin officiel de l'Etat*, n° 103, du 30 avril 2011.

² *Bulletin officiel de l'Etat*, n° 299, du 12 décembre.

³ Voir, CABRERA MEDINA, J.C. (2010), “El fenómeno de los menores emigrantes (una focalización contundente)” dans, A. OURKIA/J.S. MULERO GARCÍA (coords.), *Propuestas*

para la actuación conjunta hispano-marroquí en el ámbito de la infancia, Comares, Granada, 2010, p. 11.

⁴ Voir, ROBLES MORCHÓN, G. (1985), “El libre desarrollo de la personalidad (art. 10, 1 de la CE)” dans, GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Univ. de Alcalá de Henares, pp. 47-48.

⁵ Voir, IGLESIAS REDONDO, J.I. (1996) *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, pp. 27 et ss.

⁶ Voir, IGLESIAS REDONDO, J.I. (1996) *Guarda asistencial...*, *op. cit.*, pp. 25 et ss.

⁷ *Bulletin officiel de l'Etat*, n° 275, du 17 novembre 1987.

⁸ *Bulletin officiel de la CA Andalousie*, n° 53, du 12 mai 1998.

⁹ Voir, IGLESIAS REDONDO, J.I. (1996) *Guarda asistencial...*, *op. cit.*, pp.91 et ss.

¹⁰ *Bulletin officiel de la CA Andalousie*, n° 20, du 16 février 2002.

¹¹ Base de données Aranzadi (JUR 2004/300842).

¹² Voir, DE PALMA DEL TESO, A. (2004-2), “La protección de los menores por las Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de Cataluña*, p. 50.

¹³ *Bulletin officiel de l'Etat*, n° 106, du 4 mai.

¹⁴ *Bulletin officiel de l'Etat*, n° 291 du 6 décembre.

¹⁵ *Bulletin officiel de l'Etat*, n° 299, du 14 décembre 2007.

¹⁶ *Bulletin officiel de l'Etat*, du 13 novembre 2007.

¹⁷ Voir, ESTEBAN DE LA ROSA, G./LLEDÓ MIRA, E. (2011), “Hacia la creación de un sistema transnacional de protección a la infancia entre España y Marruecos complementario a acciones educativas y laborales”, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia* (<http://ojs.upv.es/index.php/reinad/article/view/835/905>).