

Une Convention, plusieurs regards (Tome 1), 1995

LES DROITS DE L'ENFANT:

UNE BELLE DÉCLARATION ! ET APRÈS ?

Introduction aux droits de l'enfant

Jean Zermatten

Juge des mineurs

Vice-Président de l'IDE

Président de l'AIMJF

C'est un véritable labyrinthe que celui des droits de l'enfant: en deux décennies, plus d'une centaine de documents de portée internationale ont éclos dans ce domaine, sans que l'on sache toujours de manière très précise l'importance de tel traité par rapport à tel autre, sans surtout que l'on se préoccupe clairement de l'articulation de ces dispositions entre elles. Une approche introductive s'avère donc nécessaire pour qui est actif dans le champ de l'enfance, en cherchant à utiliser un langage simple et clair et en essayant de familiariser le lecteur avec des notions juridiques qui peuvent apparaître parfois comme rébarbatives.

Mais cet exercice est forcément un peu frustrant puisque une telle introduction ne permet qu'un survol à haute altitude d'une matière devenue fort complexe et qui s'enrichit, mois après mois, de nouveaux traités, de nouvelles dispositions, de nouvelles déclarations, de nouvelles conventions. Et surtout parce qu'il oblige à opérer un tri et à se concentrer sur les instruments qui apparaissent comme les plus significatifs. Espérons que ce choix ne sera pas ressenti comme trop arbitraire: le critère a été celui d'évoquer avant tout les textes qui ont soit une portée universelle, soit au moins une portée européenne. Il n'est évidemment pas possible d'entrer dans tout le champ des traités bilatéraux, ni dans toutes les réglementations internationales relatives, à un titre ou à un autre, à l'enfance: le seul fait de les dénombrer prendrait déjà plusieurs tomes...

1. Petit rappel historique

Il est devenu commun de dire que les droits de l'enfant sont très récents et qu'ils sont nés durant la dernière décennie, soit avec la promulgation des Règles de Beijing en 1985. C'est à la fois juste et faux.

Il est juste dans la mesure où tous les grands instruments internationaux dont il sera question plus en détails, ont vu le jour entre 1985 et 1995 et sont donc récents et n'ont, au plus, que 12 ans.

Par contre, il est faux d'occulter le passé et de ne pas se rendre à l'évidence qu'une si extraordinaire moisson n'a pu se réaliser sans que des graines saines, porteuses de germes solides et plantées profondément dans un terreau favorable ne soient répandues bien avant la récolte. Ce sont de ces graines dont nous allons parler.

La première semence est bien lointaine et elle est tombée dans un terreau très propice aux droits de l'homme, c'est la Déclaration dite de Genève relative aux droits de l'enfant, datée de 1924 et adoptée par la défunte Société des Nations. Elle est très intéressante, car c'est vraiment le premier texte où l'on accorde à l'enfant une attention spéciale; on ne parle pas encore de véritables droits accordés aux enfants, mais le texte est rédigé de manière telle que l'enfant doit être traité de manière particulière.

Cette forme de rédaction montre bien qu'il y a une obligation morale faite aux membres de la Société des Nations de porter une attention particulière aux enfants et à s'inspirer de ces principes dans les législations nationales sur la protection de l'enfance. Cette Déclaration tient en 5 articles qui nous paraissent aller de soi aujourd'hui, mais qui, rapportés dans le contexte de l'époque, étaient probablement révolutionnaires:

- L'enfant doit disposer du développement matériel et spirituel;
- L'enfant doit disposer de la nourriture, des soins médicaux, éducatifs et sociaux;
- L'enfant doit être secouru en premier en cas de détresse;
- L'enfant doit être protégé contre toutes formes d'exploitation et doit être responsabilisé;
- L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités doivent être mises au service de ses frères.

Il faut noter d'abord la rédaction: l'enfant doit, c'est-à-dire qu'il appartient aux adultes de lui apporter les soins, etc.

Ensuite soulignons l'énumération de droits (que l'on appellerait aujourd'hui des droits sociaux): droit au développement, à l'accès aux soins, à la formation et aux secours et une notion de protection, pas d'exploitation des enfants.

Enfin, à mentionner une notion très généreuse, en forme de vœu: l'enfant doit, dès son premier âge, être préparé à servir ses frères.

On peut dire que c'est une très belle Déclaration et qu'elle comprend beaucoup d'éléments nouveaux. Ceux-ci seront repris par la suite dans d'autres textes plus élaborés. Même si elle n'avait qu'une portée déclarative, la Déclaration de Genève a certainement insufflé et inspiré tout le mouvement de protection de l'enfance (welfare model) qui se développera de manière timide avant la deuxième guerre mondiale, mais de manière beaucoup plus affirmée dès 1945 (entre autres avec les grandes lois inspiratrices des pratiques encore actuelles dans le domaine, notamment l'ordonnance de 1945 en France).

La deuxième étape est évidemment la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948 et qui a révolutionné la conception juridique de la personne humaine. Depuis cette date, les droits de l'homme sont entrés dans l'Histoire (avec la précision nécessaire que le droit international des droits de l'homme est devenu effectif avec les deux Pactes du 16 décembre 1966, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Mais cette Déclaration n'est

pas, on le sait bien, un texte spécifique destiné à l'enfant et ne fonde pas ce que nous appelons aujourd'hui les droits de l'enfant. Cette déclaration énumère, comme l'avait fait la Déclaration de 1924, les principaux droits de l'homme: droit à la vie, à la liberté, à la sûreté, à l'égalité devant la loi, à la nationalité, à la propriété, à la liberté de pensée, de conscience, d'opinion, d'association... Ce sont donc des droits reconnus à tous les hommes. Sont-ils aussi reconnus aux enfants? La Déclaration n'est pas explicite à ce sujet, mais tout le monde s'accorde à dire que l'enfant étant le petit de l'homme, ces droits sont également dévolus aux enfants. Mais l'on peut se poser légitimement quelques questions, notamment sur la notion de la liberté d'opinion, d'association, le droit au travail etc.... Donc, en résumé, une Déclaration faite pour des adultes.

Avec néanmoins quelques dispositions touchant de plus près l'enfant et la famille:

- Ainsi le très célèbre article 16, ch. 3: "La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de l'État."
- L'article 25, ch. 2 "La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale."
- L'article 26, ch. 1 "Toute personne a droit à l'éducation". Ch. 3 "Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants."

Nous sommes donc encore bien éloignés des droits qui vont être reconnus à l'enfant et le discours est encore très inspiré de l'approche pleine de sollicitude des adultes envers les enfants, mais l'on doit souligner de manière très claire l'avancée considérable réalisée par cette déclaration pour l'ensemble des droits de la personne et donc aussi, pour les droits de l'enfant, puisque le fait même de se poser la question de l'applicabilité de la Déclaration aux enfants, et la réponse plutôt affirmative donnée, a permis de faire progresser l'enfant de manière notable sur le chemin qui allait le mener à ses droits.

Il faudrait dire, en respectant l'ordre chronologique, que le pas suivant sera effectué par la Convention européenne des droits de l'homme, signée le 4 novembre 1950 par les pays membres du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Mais ce texte a évidemment une portée restreinte quant à son application dans l'espace. Cette Convention a néanmoins joué un rôle fondamental, du moins dans les pays d'Europe occidentale, parce qu'elle représentait le premier texte contraignant pour les États et relatif aux droits de l'homme. Sa portée est donc considérable et ses instruments (la Cour européenne des droits de l'homme, par les jugements rendus et la jurisprudence adoptée, et la Commission européenne des droits de l'homme) ont permis d'offrir une réelle garantie aux citoyens et ont amené de nombreux pays à revoir totalement leur conception des droits individuels, mais surtout à rendre leur législation interne conforme aux standards internationaux minima adoptés. Dans le domaine spécifique de l'enfant, peu de chose dans cette Convention, puisqu'elle reprend, dans les grandes lignes la Déclaration de 1948, seulement une évocation de la condition particulière du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire et d'une mesure d'éducation surveillée (cf. art 5 ch. 1 litt d).

Sur le plan universel, la date suivante qui marque l'histoire des droits de l'enfant est le 20 novembre 1959, avec la Déclaration des droits de l'enfant, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies et sorte de pendant à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle est certainement une réponse à la question de savoir si les droits de l'homme s'appliquent aux enfants et elle définit donc de manière spécifique que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins particuliers, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance. Elle énonce 10 principes, rédigés en partie selon les mêmes termes que la Déclaration de 1924 "l'enfant doit", en partie sous la forme "du droit de l'enfant à...". On passe donc, de manière progressive, de l'attention spéciale apportée à l'enfant à la reconnaissance de droits propres; mais ce texte est encore assez éloigné de la notion moderne de droits de l'enfant.

Les dix principes énoncés sont des droits politiques (1 et 3) et des droits sociaux (2, 4 à 10). Ils s'énoncent ainsi:

- Reconnaissance de la jouissance de droits, sans discrimination de race, couleur, sexe, langue, religion ou opinions...
- L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale.
- L'enfant a droit à un nom et une nationalité.
- L'enfant doit bénéficier de la sécurité sociale et il a droit à une alimentation, un logement, des loisirs et des soins médicaux.
- L'enfant désavantagé doit bénéficier de soins spéciaux.
- L'enfant a besoin d'amour et de compréhension, apportés par sa famille, dont il ne doit pas être, si possible, séparé.
- L'enfant a droit à l'éducation.
- L'enfant doit être le premier à être secouru.
- L'enfant doit être protégé contre la négligence et l'exploitation.
- L'enfant doit être protégé contre l'intolérance et doit être élevé dans un esprit de paix et de fraternité.

Ces principes reprennent donc, en les précisant et en les développant, les 5 idées exprimées dans la Déclaration de 1924. Elles franchissent une étape supplémentaire en proclamant des droits (au nom, à la nationalité, à la protection et à l'éducation). Elles sont surtout le ferment d'où sortiront les grandes textes de dix glorieuses années à venir (1985 - 1995).

Il est donc clair que les naissances nombreuses et heureuses que nous venons de vivre dans ce domaine sont le résultat d'une gestation longue et, si l'on veut accorder les paternités exactes, il ne faut pas omettre les repères suivants.

D'abord, l'initiative de la Pologne, en 1978, d'établir une véritable Convention des droits de l'enfant, un peu sur le modèle de la Convention européenne des droits de l'homme; cette initiative unilatérale fut prise en compte l'année suivante par l'ONU à l'occasion de l'Année internationale de l'enfant (1979) et devait aboutir dix ans plus tard (le 20 novembre 1989, date anniversaire de la deuxième Déclaration des droits de l'enfant de 1959) au texte des textes, si vous permettez l'expression et si vous pardonnez cette connotation un peu biblique, soit la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

Ensuite, les travaux très importants des Nations Unies dans le domaine de la prévention du crime, depuis l'appel lancé en 1980 à Caracas par le sixième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants et qui, lors des congrès suivants de 1985 (Milan), 1990 (La Havane) et 1995 (Le Caire), ont permis de mettre sur pied un ensemble de règles très importantes pour une partie du domaine des droits de l'enfant: celui de l'enfant délinquant confronté à la justice ou à la privation de liberté. C'est là qu'il faut chercher l'origine des Règles dites de Beijing (1985), des Principes directeurs de Riyad (1990) sur la prévention de la délinquance juvénile et les Règles minima de la Havane (1990) sur les mineurs privés de liberté. Il faut encore ajouter les Recommandations faites au congrès du Caire (1995), qui ont trait, entre autres, à la condamnation sans rémission de la peine capitale et des châtiments corporels, comme aussi à la mise en exergue de la nécessaire collaboration des agences de l'ONU et des ONG dans l'application des traités internationaux et au problème de l'information (et de la formation) sur les droits de l'enfant.

Nous nous trouvons donc à un point d'aboutissement d'un mouvement amorcé à la fin de la première guerre mondiale avec la création de la SDN et le souci de celle-ci de s'occuper des plus défavorisés -

les enfants - et qui coïncide, 50 ans après la création des Nations Unies, avec l'émergence d'un véritable corpus juridique consacré de manière claire aux enfants.

2. Approche des droits de l'enfant

2.1. Les autres apports

Ce petit rappel historique a relevé les étapes les plus importantes de cette progression, mais il est clair que pour avoir une approche globale du domaine, il faut encore parler de tout un pan des droits de l'enfant qui s'est développé surtout par volonté des États de s'entendre entre eux (traités bi- ou multilatéraux) ou sous l'impulsion de conférences internationales, telles celles de la Haye ou du Conseil de l'Europe. J'aimerais souligner d'abord:

La Conférence de la Haye de droit international privé

L'œuvre gigantesque opérée par la Conférence de la Haye de droit international privé, conférence intergouvernementale qui regroupe 36 pays (dont la Suisse) et qui a pour but de mettre en place des mécanismes de coopération internationale et la reconnaissance des jugements et des décisions de justice prononcées à l'étranger. Cette Conférence a été très active dans tout le domaine de protection de l'enfance et on lui doit des textes fondamentaux comme:

- **La Convention de la Haye de 1961** sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (dite MSA). C'est à elle que l'on doit la notion fondamentale du lieu de résidence habituelle du mineur, comme critère déterminant pour les mesures à prendre à l'égard des enfants,
- **La Convention de la Haye de 1973** sur la loi applicable aux obligations alimentaires;
- **La Convention de la Haye de 1980** sur la reconnaissance et l'exécution des décisions de garde des enfants et sur l'enlèvement international d'enfants,
- Enfin, la petite dernière, mais oh combien importante, la **Convention de la Haye de mai 1993 sur l'adoption internationale**, qui poursuit deux objectifs:
 1. assurer que les adoptions internationales se fassent dans l'intérêt supérieur et en tenant compte des droits fondamentaux de l'enfant,
 2. organiser la coopération entre les États touchés par ces adoptions.

Ce texte, qui pour moi appartient en plein au feu d'artifice de ces dix glorieuses, a été promulgué en mai 1993 et est entré en vigueur le 1 mai 1995, suite à sa ratification par trois pays (Mexique, Roumanie, Sri Lanka).

Le Conseil de l'Europe

Les travaux importants, sur le plan européen du **Conseil de l'Europe**, notamment avec la publication, suite à de nombreux travaux des États membres (dont la Suisse) de recommandations. Ainsi:

- La Recommandation no. 87 sur les réactions sociales à la délinquance juvénile (11.9-1987),
- La Recommandation no. 88 sur les réactions sociales au comportement délinquant de jeunes issus de familles migrantes (18.4.1988),

- La Recommandation no. 90 relative aux droits des enfants qui, dans son préambule (cf. point 5) déclare que les enfants ont des droits qu'ils peuvent exercer eux-mêmes de façon indépendante - même contre la volonté des adultes (1.2.1990),
- La Recommandation no. 91 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes (9.9.1991).

Traités multilatéraux

Il faut encore sur le plan des accords multilatéraux rendre un hommage particulier au labeur de la Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé qui a abouti, le 18 mars 1994, à une Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs.

2.2. Les différents textes

Cette énumération, non exhaustive et souhaitons-le pas trop indigeste, nous fait donc prendre conscience d'un ensemble de règles extrêmement dense et qui, bien que touchant parfois des domaines divers, se recoupent, prennent appui les unes sur les autres, se complètent, s'explicitent et peut-être, parfois se contredisent. C'est que nous avons toute une succession de genres:

- Des **Déclarations** (ou Résolutions), qui comme leur appellation l'indique, ont une valeur déclarative et symbolique: elles énoncent des principes sur lesquels les États qui joignent leur voix sont d'accord et selon lesquels, ils devraient orienter leurs lois nationales, mais ces déclarations n'ont aucune forme contraignante.
- Des **Recommandations** (ou principes), faites aux États par une organisation dont ils sont membres (ici l'ONU ou le Conseil de l'Europe), cette forme de règles semble encore moins contraignante que la première, puisqu'il ne s'agit que de conseils formulés en termes généraux et qui devraient être suivis par les gouvernements. Ces recommandations ont, en général, une portée plus limitée, car elles s'attachent à des problèmes particuliers au contraire des déclarations qui énoncent des principes généraux.
- Des **Conventions** (ou traités, pactes), qui lient soit deux États entre eux, soit plusieurs États entre eux, soit - ce sera probablement le cas un jour pour la Convention relative aux droits de l'enfant - toutes les nations de la planète. Une convention est donc, dans ce domaine, un contrat qui lie les parties (les États qui la ratifient) et qui comporte par conséquent des obligations qui priment sur le droit national et qui imposent des normes, dont le respect est, en principe, contrôlé et le non respect sanctionné.

Le processus d'élaboration des droits de l'enfant a donc été un processus continu et progressif, passant de la philosophie et de la proclamation de principes, à la constitution d'un ensemble de règles non toutes contraignantes, mais qui revêtent toutes une valeur indéniable.

Il ne faut pas sous-estimer l'importance des règles non contraignantes comme celles des déclarations et des recommandations: en effet, ce sont elles qui induisent les grandes idées qui, par la suite, trouveront une concrétisation juridique dans les traités entre États. Il faut aussi garder à l'esprit que si ces règles ne sont pas respectées et que leur violation ne trouve pas de sanction immédiate, l'intervention des États à l'égard de l'État non respectueux, la désapprobation internationale et l'intervention des médias donnent à ces textes une valeur parfois aussi déterminante que celle attachée à la lettre des conventions. Le cas récent de la petite Sarah Balabagan illustre ici de manière spectaculaire cet effet réprobateur des États et le rôle possible des médias.

2.3. Contenu

Si l'on cherche à définir maintenant les **valeurs** qui sous-tendent ces grands textes, exercice difficile s'il en est, l'on peut dégager quelques lignes de force que je résumerai en sept flashes, bien sûr éclairés et destinés simplement à laisser une trace lumineuse dans ce labyrinthe juridique.

Je dirai tout d'abord que, tout au travers du développement historique des droits de l'enfant, l'élément primordial (est-ce paradoxal?) c'est la famille, décrit comme l'élément naturel et fondamental de la société. De la Déclaration de 1924 à la CDE de 1989 jusqu'à la récente Convention de la Haye de 1993, la famille reste la cellule de base (la plus petite démocratie, selon les termes de l'Année internationale de la famille, 1994). Certes, la famille a subi de grandes transformations depuis 1924, néanmoins on compte toujours sur elle et on ne cesse de réaffirmer sa primauté, notamment par rapport à l'État.

Je dirai ensuite que l'enfant est certes considéré comme une personne indépendante et à part entière, comme un sujet de droits, c'est ce que je vais exposer dans le chapitre réservé à la CDE, mais l'enfant est toujours considéré comme un membre de cette famille. On a beaucoup dit que les droits de

l'enfant s'opposaient aux parents; au contraire, les droits des enfants ne peuvent être considérés que comme les droits des enfants appartenant à la première cellule de base. Les droits des enfants sont forcément limités du fait de cette appartenance à leur famille. Ce qui a changé c'est que les enfants ont un certain nombre de droits qu'ils peuvent exercer indépendamment des adultes, mais sans que cela ne porte atteinte à cette notion d'enfant membre de sa famille.

Troisième élément, l'enfant est un membre de la société, on a tendance à dire aujourd'hui de la société civile; il n'est pas encore citoyen à part entière, mais tout le mouvement de législation intervenu souligne la nécessité de l'impliquer activement dans les décisions à prendre à son égard, que ce soit dans les situations où il est confronté à la loi (civile ou pénale) ou dans les situations où l'État au sens large, par ses administrations, intervient à son endroit. Le rendre partenaire de ces décisions, c'est aussi le préparer à devenir acteur de sa destinée et le responsabiliser en vue de l'exercice de sa citoyenneté future. Il n'y a donc pas non plus de concurrence entre l'enfant et l'État, puisque les droits de l'enfant doivent préparer ce dernier à son statut de membre de l'État.

Quatrième donnée: celle de l'intérêt de l'enfant. Tous les textes internationaux se réfèrent à ce critère, cette unité de mesure, qui sert de "bonne à tout faire" dans le ménage juridique de ces droits. Cette notion, qui peut revêtir de nombreuses appellations, est héritée de deux siècles de droit de protection de l'enfance et résiste vaillamment à toutes les critiques. Elle demeure un instrument incontournable, qui fonde toutes les décisions prises dans les causes des enfants.

Le rôle de l'État est un rôle déterminant puisque ce dernier doit à la fois reconnaître des droits et à la fois fournir un certain nombre de prestations: nourriture, soins médicaux, éducation... tout en protégeant l'enfant contre toutes formes d'exploitation physique, psychique ou sociale. L'État doit également se soucier des familles pour leur assurer le bien-être minimal qui leur permettra d'élever les enfants dans la dignité et la compréhension. En cas de défection des parents, l'État doit assumer un rôle de subsidiaire, qui favorise le développement de l'enfant.

La réponse de la société aux comportements difficiles, déviants ou délinquants des mineurs, doit être appropriée et se baser sur des règles différentes de celles appliquées aux adultes, que ce soit dans le mode d'intervention ou que ce soit dans les réactions sociétales apportées. A cet effet, l'on remarquera que l'ensemble de règles attachées à cette problématique est très développé par rapport à d'autres règles, notamment celles ayant trait à l'éducation.

Tous les textes évoqués aujourd'hui font référence à un petit noyau "dur" de droits qui apparaissent comme une base commune et où l'accord est presque unanime: c'est l'abolition de la peine de mort, de la torture et des châtiments corporels; c'est ensuite la proscription de toutes formes d'exploitation soit par le travail, soit par les conflits armés, soit par les diverses manières de maltraitance qu'elle soit active (abus) ou qu'elle soit passive (négligence). Avec aussi l'envers des droits de l'enfant, soit les devoirs des parents et des adultes vis-à-vis des enfants, devoirs qui découlent donc implicitement de ces droits.

Voilà donc cette approche des droits de l'enfant. Mais si le processus a abouti à des textes importants, l'on aurait tort de penser que ce processus est terminé, il est encore en pleine évolution et si les droits sont établis dans leur principe, encore faut-il:

- les faire connaître, c'est-à-dire les diffuser, les expliquer et les rendre accessibles à ceux pour qui ils ont été faits, c'est-à-dire, les enfants;
- les faire appliquer, soit passer du discours théorique à la mise en œuvre concrète dans les réalités quotidiennes: appliquer, cela suppose former les praticiens à ces droits, cela signifie aussi coordonner les actions de tous ceux qui sont actifs dans ce domaine cela veut dire, en plus, contrôler l'application des normes admises et ratifiées.

Le grand défi des droits de l'enfant, aujourd'hui, c'est bien leur application, c'est ce à quoi nous devons tous être très attentifs et c'est ce à quoi nous devons nous engager.

3. Trois grands textes relatifs à la Justice des mineurs

Le domaine de la justice des mineurs est, de tous les domaines des droits de l'enfant, celui où les traités internationaux ont été le plus développés et ce de manière assez curieuse, puisque ce n'est heureusement pas le domaine qui intéresse le plus grand nombre d'enfants, au contraire, c'est un champ ouvert à une petite minorité. Mais probablement que la position particulière du mineur face à l'État, considéré dans son rôle judiciaire, et les enjeux en présence, notamment sur le plan des réactions sociales sous forme de privation de liberté, voire même de peine capitale, a justifié cet intérêt prioritaire pour ce domaine.

C'est aussi un domaine où il existe une certaine articulation entre les traités où l'on a cherché, par différents textes il est vrai, à apporter une réponse globale à un phénomène, la délinquance des jeunes, et non des réponses parcellaires. Cette articulation est à souligner, car elle n'existe pas, à ma connaissance, entre d'autres éléments du puzzle "droits de l'enfant".

Pour l'examen (survol) de ces trois grands textes, cette vision globale de la question des enfants en conflit avec la loi (selon la terminologie anglo-saxonne) sera privilégiée, plutôt que de suivre l'évolution chronologique. Il sera donc d'abord question des Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile, avant de parler de l'ensemble des règles minima concernant l'administration de la justice juvénile, pour finir par l'évocation des Règles pour la protection des mineurs privés de liberté.

3.1. Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile 1990 (dits principes directeurs de Riyad).

Ces principes ont été adoptés au huitième congrès pour la prévention du crime à la Havane en 1990 et font référence à une conférence préliminaire tenue dans la capitale saoudienne en 1988. La date de leur acceptation n'est pas innocente, dans le sens où elle est postérieure à l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant et qu'elle fait donc référence implicite à ce texte fondamental et à la position de l'enfant considéré, depuis 1989, comme un être humain à part entière et plus seulement, du point de vue pénal classique, comme un adulte en miniature. Cette première considération est importante et s'appliquera également au troisième instrument que l'on examinera, les Règles applicables aux mineurs privés de liberté.

Il s'agit donc de principes qui ont la même valeur que des recommandations ou des résolutions et qui n'ont pas de valeur contraignante, sauf pour des points précis qui se trouveraient déjà formulés dans la Convention et qui trouveraient ici un développement ou une explicitation.

Il s'agit ensuite de principes qui traitent de la délinquance juvénile, ce dernier terme étant pris dans son acception restrictive de "violations du droit pénal", et non dans la notion extensive des comportements antisociaux ou rebelles caractéristiques du processus de maturation. La prévention de cette délinquance juvénile est abordée d'une manière positive, soit comme la promotion du bien-être et de l'intégration sociale, composantes nécessaires pour éviter à un enfant de se manifester par des comportements délictuels. Il est donc nécessaire d'attaquer le problème d'une manière générale et non de se limiter à l'exposé de situations négatives ou partielles. Bien entendu, cette prévention ne peut se limiter au champ de la justice pénale des mineurs et doit englober tous les domaines relatifs à l'enfance et à l'adolescence; il ne saurait y avoir de prévention que pour les situations pénales. Et cette prévention doit pouvoir faire appel à toutes les forces de la société.

Pour ma part, une des grandes forces de ce texte tient justement à cette notion que la prévention est l'affaire de tous et non seulement de quelques spécialistes, l'apport des services communautaires, le rôle de l'école, l'implication des sociétés locales, la collaboration des associations de socialisation (sports, loisirs) et même l'importance des médias dans l'information des jeunes sont soulignés de manière très nette et présentés non comme des modèles absolus à suivre, mais comme des moyens mis à la disposition des jeunes pour faire les bons choix.

3.2. Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs 1985 (dites Règles de Beijing).

Les Règles de Beijing donnent aux États des lignes directrices pour tenir compte de la protection des droits de l'enfant et le respect de leurs besoins lors de l'élaboration de systèmes spécialisés de justice pour mineurs. Il s'agit donc là aussi de règles non contraignantes, qui comblent une lacune: en effet, tous les textes antérieurs établis par les Nations Unies dans ce domaine (Pacte de 1966 sur l'exercice des droits civils et politiques et Règles minima pour le traitement des détenus de 1955) ne faisaient aucune allusion à la justice des mineurs. Il est donc apparu nécessaire d'établir ce premier instrument international qui fixe des règles précises pour l'administration de la justice des mineurs.

Ces règles de 1985 sont donc antérieures à la Convention, mais il est intéressant de constater que la Convention relative aux droits de l'enfant a repris un certain nombre de ces dispositions pour leur donner ainsi une valeur contraignante. Elle définissent 10 principes fondamentaux, qui seront évoquées ci-après de manière non exhaustive, sous forme lapidaire:

- Traitement équitable et humain.
- Recours à des solutions extrajudiciaires.
- Détention = mesure de dernier recours la plus brève possible.
- Prise en compte de la parole du mineur.
- Privation de liberté pour cas grave uniquement.
- Peine capitale et châtime corporel sont exclus.
- Placement = mesure du dernier ressort.
- Spécialisation des organes de la justice des mineurs.
- Objectif: réinsertion.
- Libération de la mesure dès que possible.

Ce texte court (30 articles seulement) est très important car il définit de manière très précise, beaucoup plus précise que beaucoup d'autres grandes déclarations, la manière dont la justice des mineurs doit intervenir auprès des jeunes dans les trois phases de l'instruction, du jugement et de l'exécution. On peut dire qu'elle a connu un écho très important dans de nombreux pays qui ont revu leur législation en la matière ou qui, depuis promulgation de ce texte, ont ressenti le besoin de se mettre en conformité avec l'esprit de ces règles minima de Beijing. Je pense que le long article 40 de la CDE qui reprend en grande partie les principes énoncés par cet ensemble de règles n'est pas étranger au poids tout particulier conféré à ce texte et au respect constaté auprès des États parties à la CDE.

3.3. Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté 1990 (dites Règles de la Havane).

Ces règles sont les dernières apparues de cet ensemble cohérent de normes juridiques liées à la délinquance juvénile et ont un objectif clairement défini: la protection et le bien-être des mineurs privés de liberté, c'est-à-dire, selon les définitions de ce texte toutes les personnes de moins de 18 ans qui sont sous le coup d'une privation de leur liberté soit sous forme de détention ou d'emprisonnement, soit sous forme de placement dans un établissement public ou privé, ordonnée par une autorité

judiciaire. Il s'agit donc, à l'égard de ces personnes, de parer aux effets néfastes de la privation de liberté en garantissant les droits de l'enfant.

Ces règles reposent sur quelques principes fondamentaux suivants:

- La privation de liberté est la mesure du dernier recours et elle doit être de durée limitée (principe déjà posé par les Règles de Beijing et consacrés par la CDE).
- Les mineurs ne peuvent être privés de liberté sans raison juridique objective.
- Il faut privilégier la création de petites unités institutionnelles ouvertes.
- Les mineurs en privation de liberté doivent être préparés à leur retour à la liberté (programmes éducatifs).
- Les contacts avec les familles doivent être maintenus.
- Le personnel des établissements doit être formé.

Une place particulière est réservée à la détention avant jugement et au respect de certaines règles pour les gardes à vue ou les séjours dans les commissariats de police. Cela est de première importance, car c'est surtout à ce stade de la procédure que les violations les plus importantes des droits de l'enfant se sont produites dans de nombreux pays.

Enfin, ces règles doivent être appliquées impartialement sans aucune discrimination fondée sur la couleur, le sexe, la langue, la religion, la nationalité, les opinions politiques ou religieuses, les convictions ou pratiques culturelles etc. Lorsque l'on sait que tel type de jeunes est plus particulièrement représenté dans les établissements de détention, ce rappel n'est certainement pas inutile.

4. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989)

Ce texte est le plus connu de tous les traités relatifs aux droits de l'enfant et il est inutile de le présenter de manière systématique, tant les publications, commentaires, louanges et critiques ont été nombreux à son sujet. Il est le point d'aboutissement de tout le mouvement de protection de l'enfance, tel que nous l'avons décrit jusqu'ici et les États ne s'y sont pas trompés qui l'ont ratifié avec grand enthousiasme et une célérité peu commune.

Au 1er avril 1997, la situation était la suivante: des 193 États que compte le concert des nations, 190 avaient ratifié la CDE, soit presque l'ensemble de la planète. Restent quelques réfractaires (2) qui ne sont pas encore entrés en matière (Somalie et les Îles Cook) et un qui a signé la Convention, mais qui ne l'a pas encore ratifiée (USA). Dans un avenir proche, on peut imaginer que ce texte sera adopté par tous les pays du globe et surtout que tous les pays du monde se seront engagés à en appliquer les principes. C'est donc un succès formidable, jamais connu auparavant, car aucun des grands textes des droits de l'homme n'avait été plébiscité aussi rapidement et aussi universellement. A noter également qu'un grand nombre de pays qui n'ont jamais signé le moindre traité dans le domaine de la protection des droits individuels, ont ratifié la CDE.

Pour l'examen de cette Convention, inutile de répéter ce qui a été dit par les commentateurs avisés, nous nous bornerons à souligner quelques points qui nous paraissent essentiels.

4.1. L'enfant, sujet de droits

L'expression "enfant, sujet de droits" est connue et a été utilisée par tous ceux qui ont écrit sur la CDE, dès avant son entrée en vigueur. Elle semble particulièrement pertinente et la signification réelle

de cette formule consiste dans le passage du statut de l'enfant où il ne s'appartenait pas (il était l'objet, donc la propriété de quelqu'un) au statut où il est reconnu comme personne humaine, indépendante des autres et donc plus propriétaire d'autrui, mais **propriétaire** de droits, droits qu'il peut exercer de manière autonome.

C'est certainement le changement le plus significatif par rapport à tous les textes antérieurs et cette modification du statut de l'enfant oblige à reconsidérer l'ensemble des relations de l'enfant, avec ses parents, avec les pairs, avec les adultes, avec la société.

Ce n'est évidemment pas l'avènement de l'enfant-roi puisque l'enfant devenu personne n'a pas de valeur supérieure à une autre personne et se voit conférer, de par son appartenance au corps social, les devoirs inhérents à celui-là.

4.2. Une conception intégrée

La CDE n'a pas une vision partielle de la situation de l'enfant, mais englobe dans le même texte toutes les questions relatives à l'enfant: les questions politiques, sociales, culturelles, la position de l'enfant face à sa famille, son appartenance à l'État-nation, son statut dans le travail, les conflits, la justice, la protection de sa dignité humaine. Avec, en plus, l'affirmation du droit à un développement complet et harmonieux, qui ne peut exister de manière parcellaire, mais bien par une prise en compte globale de la personne de l'enfant.

Cette approche nouvelle de l'enfant, sujet de droit et cette conception globale, intégrée des droits de l'enfant, font de la Convention le texte fondateur de tous les droits de l'enfant, le texte duquel vont découler tous les autres instruments internationaux, qui va influencer toutes les législations nationales et dont l'esprit devrait imprégner toutes les scènes de la vie où l'enfant est acteur.

Cette Convention devient l'égale de la Déclaration des droits de l'homme et fonde toute la légitimité de l'appellation même des "droits de l'enfant".

4.3. L'intérêt supérieur de l'enfant

Le critère sur lequel s'appuie toute la Convention pour justifier les décisions à prendre à l'égard des enfants est l'intérêt de l'enfant, rebaptisé l'intérêt supérieur de l'enfant (the best interests of the child).

Cette notion non définie de manière stricte et fort souple a été (et continuera d'être) critiquée par son absence d'éléments objectifs pouvant fonder les décisions. Mais c'est cette non définition justement qui lui donne sa richesse: elle permet la flexibilité, la relativité temporelle et spatiale de son application et elle supporte les différences culturelles et régionales nécessaires à sa dimension universelle.

Le critère est flou certes, mais indispensable et l'on voit mal comment le remplacer par une notion juridique rigide et moins large, utilisé en corrélation avec le principe de la bonne foi, il est le meilleur critère pour servir réellement les intérêts divers, multiples et parfois différents des enfants du monde entier.

4.4. Le Comité des droits de l'enfant

Les rédacteurs de la CDE ont eu l'excellente idée de prévoir, pour contrôler l'application de ce traité, un organe nommé Comité des droits de l'enfant.. Cette institution est remarquable et le travail effectué par ses 10 membres est en tous points digne d'éloges.

On doit cependant se poser quelques questions sur le rapport entre le travail à accomplir et les moyens mis à disposition de ce Comité et sur le rôle défini en termes de consultation plutôt que de réelle autorité de cet organe. Il est urgent de doter le Comité des moyens dont il a besoin pour confronter la réalité du terrain avec les rapports périodiques fournis par les États parties et de donner plus de poids aux constats, souvent alarmants, effectués lorsque ceux-ci ignorent la Convention. Il y va de la crédibilité du Comité.

4.5. La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant

Cette nouvelle convention - la toute dernière en date- a été adoptée par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe au début septembre 1995 et ouverte à signature en janvier 1996.

Pourquoi en parler dans le chapitre consacré à la CDE des Nations Unies? Tout simplement parce qu'elle illustre l'aspect fondateur de la Convention et qu'elle montre que la CDE a besoin, pour son application, de textes soit nationaux, soit internationaux.

Cette convention fait-elle double emploi avec la CDE? Pas du tout, puisque la Convention européenne stipule des procédures et des droits procéduraux qui garantissent aux enfants la faculté d'exercer des droits matériels. Elle règle, en fait, la question laissée ouverte par la CDE, c'est-à-dire la responsabilité laissée aux États signataires de déterminer les mesures à prendre pour mettre en œuvre les droits (art. 4 CDE).

En conclusion

Plus de soixante-dix ans nous séparent de la première Déclaration des droits de l'enfant: le chemin parcouru est immense car l'enfant n'est plus seulement l'objet de notre bienveillance paternaliste à son égard, mais a échappé à ce regard du haut vers le bas pour s'établir comme un individu à part entière, disposant sinon de tous les droits, du moins d'un certain nombre de ceux-ci, de manière indépendante. Il faut donc saluer cet avènement.

Mais il faut aussi être réaliste et se rendre compte que la plupart des droits pourtant établis sont souvent bafoués, violés, méprisés, au mieux méconnus. Il reste donc un effort considérable à consentir par nous autres, adultes, pour passer de la parole aux actes.

Sion, avril 1997

Allocution d'ouverture

“Toutes les grandes personnes ont d’abord été des enfants. Mais peu s’en souviennent”.

Que cette réflexion d’Antoine de St-Exupéry éclaire ce séminaire et qu’elle nous aide à conserver au fond de nous un peu de l’esprit et surtout du cœur de notre enfance...

Il y a presque une année, jour pour jour, nous avons le plaisir de saluer dans cette même salle les participants au colloque “Avec Korczak, au carrefour des valeurs éducatives”. Aujourd’hui, nous sommes très heureux d’ouvrir officiellement ce séminaire consacré justement à l’une des valeurs éducatives fondamentales: les droits de l’enfant.

En ma qualité de Président de l’Institut universitaire Kurt Bösch et de l’Institut international des droits de l’enfant, je vous salue amicalement et vous souhaite la plus cordiale des bienvenues en Valais.

Nous sommes très honorés de vous accueillir ici dans cette petite République, située au cœur des Alpes, vous toutes et vous tous qui n’avez pas hésité à franchir les cinq continents pour répondre à notre appel et apporter, au nom de 38 pays différents, le témoignage d’une volonté universelle de défendre et de promouvoir les droits de l’enfant.

Ce grand rassemblement de la solidarité a été rendu possible grâce aux initiateurs et organisateurs de ce séminaire et en particulier à M. Jean Zermatten, Président de l’Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille, à qui j’adresse mes très chaleureux remerciements. J’y associe également les membres du Comité scientifique ainsi que tous les conférenciers et animateurs d’ateliers.

Les historiens du 20ème siècle relèveront très certainement l’évolution exceptionnelle des sciences et des techniques. Cependant, l’avènement d’une culture des droits de l’enfant après celle des droits de l’homme constituera sans doute l’un des acquis majeurs de ce siècle pour l’avenir de l’humanité. En effet, cette “révolution éducative” porte en elle les espérances d’un monde plus juste et plus humain et représente la base de la construction d’une société fondée sur le respect des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels.

Il faut ici rendre hommage à tous les pionniers (notamment des psychopédagogues, des pédiatres, des politiciens, des juristes) qui ont ouvert la voie à cette ère nouvelle où l’enfant n’est plus à considérer comme la propriété des adultes mais comme une personne humaine à part entière.

Ainsi, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l’enfant du 20 novembre 1989 marque-t-elle tout à la fois un aboutissement et un point de départ. En effet, elle couronne des décennies d’engagement et parfois même de combat pour obtenir une reconnaissance internationale et formelle

des droits et une protection indispensable de l'enfance. Mais elle marque aussi le début d'une nouvelle action qui sera certainement longue, celle de l'application au quotidien de cette Convention.

C'est dans cette perspective que l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille et l'Institut universitaire Kurt Bösch ont fondé l'Institut international des droits de l'enfant qui vise les objectifs suivants:

- créer une culture ou un esprit droits de l'enfant;
- faire connaître les instruments internationaux pertinents relatifs aux droits de l'enfant aussi bien dans le champ théorique que pratique;
- promouvoir l'application des droits de l'enfant tels qu'ils sont définis par les traités internationaux;
- sensibiliser les personnes en charge des problèmes de protection de l'enfance à la question des droits de l'enfant;
- inspirer les législateurs nationaux dans toutes les lois concernant le domaine de la jeunesse.

C'est dans ce même esprit que ce séminaire, première activité de l'IDE, a été mis sur pied. Conformément à la mission de l'IKB, le programme de ces journées privilégie une approche inter et transdisciplinaire et favorise les interactions entre la théorie et les réalités pratiques. Largement ouvert aux participants des pays de l'Europe centrale et orientale, ainsi qu'à ceux de l'Afrique et de l'Amérique, ce séminaire espère contribuer à un rapprochement et à un large dialogue des cultures entre l'Est et l'Ouest et entre le Nord et le Sud.

Il faut toutefois se garder de croire que c'est toujours dans des pays lointains que les droits de l'enfant ne sont pas respectés. L'engagement de chacun commence d'abord dans son entourage proche, dans son quartier, dans sa cité, dans sa région ou dans son pays.

Je saisis cette occasion pour lancer un vibrant appel au Gouvernement suisse et à mes collègues du Parlement pour que notre pays ratifie rapidement la Convention relative aux droits de l'enfant.

C'est ainsi dans des actions de proximité, concrètes et quotidiennes que nous parviendrons tous à gagner la deuxième bataille des droits de l'enfant.

En conclusion, depuis St-Exupéry, nous avons toujours peur de découvrir un Petit Prince assassiné. C'est pourquoi, les démocraties doivent être intraitables et la protection de l'enfance doit devenir une action prioritaire des individus et des sociétés !

Dr Bernard Comby

Conseiller National

Président de l'Institut universitaire Kurt Bosch (IKB) et

de l'Institut international des Droits de l'Enfant (IDE)

Présentation de l'Institut international des Droits de l'Enfant

L'actualité d'octobre 1995 a été marquée par deux événements qui touchent de près le petit monde des droits de l'enfant.

Tout d'abord, au 15 octobre dernier, 179 pays avaient ratifié ou adhéré à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant; c'est-à-dire que presque l'ensemble de la communauté mondiale, dans l'espace de moins de 6 ans, a décidé de conférer aux enfants de cette planète la position de sujets de droits; c'est un phénomène exceptionnel, car jamais la communauté internationale n'avait manifesté un tel engouement pour un grand traité des droits de l'homme à caractère universel. Je m'en félicite. Restent une dizaine de pays, (onze très précisément) qui ne se sont pas, pour l'instant, joints au concert des nations, cinq (avec la Suisse notamment) ont signé la Convention mais ne l'ont pas encore ratifiée et 6 pays ne sont pas encore entrés en matière.

Deuxièmement, la condamnation à la peine capitale, par le Tribunal suprême des Émirats Arabes Unis, de la jeune Sarah Balabagan, 16 ans, accusée d'avoir tué son employeur, lequel avait abusé d'elle. Ce verdict a soulevé un tollé général dans le monde entier, tollé relayé par la presse et les diverses protestations de très nombreuses associations, organisations professionnelles, personnes morales ou privées, et le soutien apporté à la famille Balabagan par une grande partie du monde ont fini par infléchir la volonté du Sultan. Le chef de l'État a dû renoncer à la vengeance par peine de mort: cette condamnation a été commuée en 100 coups de bâton, une année de privation de liberté et le paiement d'une forte indemnité à la famille de l'employeur décédé.

Si j'évoque ici à la fois le général (enthousiasme pour les droits de l'enfant) et le particulier (condamnation d'une enfant à la peine capitale), c'est bien pour souligner la situation pour le moins ambiguë dans laquelle nous nous trouvons aujourd'hui.

Nous avons d'un côté un très fort mouvement qui affirme la volonté de protéger les enfants contre toutes formes d'exploitation (travail, tourisme sexuel, maltraitance, engagement dans les conflits armés....) qui tend à leur conférer des droits reconnus de tous et qui aimerait leur permettre d'être traités au moins aussi bien que les adultes, notamment dans toutes les situations où ils se trouvent ou confrontés à la loi (cas Balabagan) ou en position d'être exploités du fait de leur impossibilité de se défendre (situation d'abus de toutes sortes). De l'autre côté, nous voyons bien l'énorme difficulté qu'il y a de passer des bonnes résolutions, des belles déclarations - pour reprendre le titre de ce séminaire - aux actes. C'est-à-dire pour que les textes internationaux, ayant pourtant valeur impérative pour les pays contractants, commencent à être appliqués. Et l'exemple de Sarah Balabagan est très parlant à ce sujet.

Nous voilà donc pris dans ce conflit entre un corpus d'instruments internationaux nouveaux et sa traduction réelle dans le concret. Encore, me direz-vous, que la situation progresse, puisque les instruments internationaux ont probablement permis de sauver la vie de Sarah Balabagan, même si les Émirats arabes Unis n'ont pas ratifié la CDE. En effet, dans les protestations que j'ai pu lire, il n'était pas seulement fait référence aux sentiments d'humanité nécessaires face à un tel drame et à une injustice patente, mais il était surtout rappelé les grands principes de la CDE et d'autres instruments comme les Règles de Beijing, qui proscrivent, sans ambages, la peine capitale, les châtiments corporels et les peines indéterminées. Mais, l'on pourrait rentrer ici dans une nouvelle polémique sur les cent coups de bâton infligés à cette enfant...

Laissons l'actualité et ayons une pensée pour Sarah qui nous permet d'humaniser un peu ce discours de présentation sur l'IDE.

L'Institut international des droits de l'enfant est exactement né de cette contradiction actuelle: il y a des droits de l'enfant, mais qui les connaît et surtout qui les applique? Il y a des normes internationales à foison, mais sont-elles même diffusées? Il y a des arrêts fondamentaux de cours internationales (la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple) mais sont-ils au moins lus, si ce n'est par quelques professeurs de droit? Il y a tous les jours des lois de protection de l'enfance

qui se font et se défont de par le monde, mais sont-elles inspirées des considérations essentielles des droits de l'enfant? Il y a, à chaque minute, dans le monde, des milliers d'adultes qui s'occupent de milliers d'enfants: ont-ils la moindre idée des droits essentiels reconnus à ces derniers?

C'est donc le constat effectué depuis l'avènement des droits de l'enfant, donc depuis une dizaine d'années puisque ce mouvement est très jeune. On a opéré le constat, non seulement en Suisse ou en Europe, mais partout dans le monde, que l'on s'était empressé d'édicter de très belles lois et que l'on s'était empressé de les faire signer et ratifier, mais que l'on s'était peu préoccupé de leur concrétisation dans les différentes parties du globe. Même si la CDE, pour citer cet exemple important, a pris le soin de créer un Comité des droits de l'enfant, à qui je rends hommage, on doit reconnaître que sa tâche s'avère démesurée en regard des problèmes à régler et des maigres moyens mis à sa disposition.

Forte de cette constatation, l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille (AIMJF), qui regroupe environ 700 membres dans 60 pays, présente sur tous les continents et dont les réseaux sont assez importants, a décidé d'apporter sa contribution à la défense des enfants et des adolescents, dans le champ de ses compétences, donc surtout sur le plan de la diffusion des textes, de leur explication et de la formation des personnes appelées à les appliquer. L'AIMJF avait besoin d'un partenaire, puisqu'elle ne dispose pas de la logistique nécessaire à mener de tels projets (c'est, dirons-nous, une association de miliciens bénévoles) et elle cherchait un partenaire qui ait une vue proche de la sienne: ce ne pouvait être qu'un Institut universitaire. Encore fallait-il que cet Institut partage la même conception de l'approche: c'est-à-dire une vue interdisciplinaire, qui puisse prendre l'enfant sous toutes ces facettes et qui privilégie la confrontation des points de vue non seulement entre tenants de plusieurs disciplines (droit, médecine, psychologie, sciences de l'éducation...), mais surtout qui ne craigne pas la confrontation entre le cognitif et le pratique, le travail de recherche et le terrain, qui ose mettre en rapport les penseurs et les gens qui sont confrontés aux réalités quotidiennes des enfants. Par chance, nous avons trouvé l'Institut universitaire Kurt Bösch, qui a développé plusieurs projets d'envergure internationale (Académie européenne de gériatrie, Centre universitaire international de la Vigne et du Vin) à partir de la petite ville de Sion et qui a fait rayonner sa vision interdisciplinaire. L'accord d'une collaboration a été la première pierre d'un édifice que nous souhaitons assez haut pour s'élever au-dessus des particularismes locaux et des rivalités humaines, assez grand pour accepter toutes les différences et toutes les approches et assez accueillant pour recevoir les amis des droits de l'enfant, chaque fois qu'ils voudront bien nous faire le plaisir de leur visite. C'est donc une espèce de maison, non seulement au sens physique du terme, mais surtout dans sa connotation affective, que nous avons voulu construire à la cause des droits de l'enfant.

Ainsi donc est né l'IDE, qui depuis mai 1995 est soutenu par la Fondation de l'IDE; il est conseillé par un comité scientifique international, dit Comité de référence, dont la plupart des membres nous font le plaisir et l'honneur d'être parmi nous à ce séminaire. Grâce à la compréhension de l'IKB, il est localisé dans ce magnifique centre, très propice au travail, à la réflexion et à l'échange.

Comme vous l'avez compris lors de l'exposé des constats sur l'ambiguïté de la situation du moment, les objectifs de l'IDE se sont imposés d'eux-mêmes. Monsieur Comby nous les a déjà exposés, mais je souhaiterais me pencher sur le premier objectif qu'il a mentionné, à savoir, celui de créer une culture et un esprit droits de l'enfant.

C'est ce point qui me tient le plus à cœur et qui me paraît le plus important: il veut dire, dans tous les actes législatifs à faire où que ce soit dans le monde, dans toutes les décisions à prendre à l'égard des enfants, dans tous les programmes scolaires, dans tous les domaines où l'enfant est impliqué; avoir le réflexe de se dire: et les droits des enfants? C'est donc un défi ambitieux et à long terme que cet Institut se lance: mettre les droits de l'enfant au moins au même niveau que la notion antérieure et sœur (mère serait plus exact), celle des droits de l'homme. Quand les droits de l'enfant auront rattrapé les droits de l'homme et ne seront plus seulement une petite parcelle de ces droits, considérés avec beaucoup de sollicitude certes, mais pas reconnus à part entière, quand nous serons donc parvenus à cette égalité, alors l'IDE aura rempli sa tâche... Et d'autres aussi comme les ONG actives dans le domaine, les Agences de l'ONU et d'autres institutions. Car cette tâche est immense

et nécessite collaboration, complémentarité, coopération, projets communs et coordination des moyens.

Nous commençons donc nos activités par ce séminaire et je vous sais gré d'avoir bien voulu nous faire confiance, presque à l'aveugle, et d'avoir répondu de manière enthousiaste à notre invitation. Nous sommes plus de 80 personnes de 40 pays et les représentants de l'Afrique, de l'Amérique du Sud et de l'Europe de l'Est sont bien plus nombreux que les représentants des pays d'Europe ou d'Amérique du Nord, les abonnés traditionnels de ce type de rencontre. C'est pour nous une très grande satisfaction de constater l'écho favorable rencontré par notre réalisation; c'est une satisfaction encore plus grande en prenant connaissance de la qualité des participants à ce séminaire. Cette première rencontre nous conforte donc dans notre intention d'organiser régulièrement des séminaires, colloques ou symposium sur les droits de l'enfant.

Mais notre idée ne s'arrête pas seulement à l'organisation de rencontres comme celle d'aujourd'hui. Nous voulons réellement contribuer à l'application des grands textes internationaux et nous nous appliquerons, dans un avenir que nous espérons très proche, à diffuser ces textes par des publications des textes eux-mêmes et des commentaires pertinents à leur sujet. Nous espérons ensuite mettre sur pied des cours de formation destinés aux personnes chargées d'appliquer les grandes règles internationales, tels que cours pour magistrats de la jeunesse ou pour éducateurs, etc. Enfin, nous répondrons aux besoins de documentation en créant un centre de documentation accessible par les moyens de la télécommunication d'aujourd'hui (réseau Internet). Et certainement que nous serons amenés à réaliser des expertises, des recherches et à donner des avis, en faisant appel aux spécialistes affiliés à notre réseau, spécialistes dont beaucoup se trouvent aujourd'hui sous le toit accueillant de l'IKB/IDE.

Voilà donc un ambitieux projet que nous entendons réaliser non du jour au lendemain, mais selon la méthode des petits pas et des réalisations concrètes et interdisciplinaires, principe qui nous est cher. Nous souhaitons vivement profiter de ce colloque pour entamer aussi un dialogue avec vous et ressentir mieux les besoins que vous éprouvez dans votre profession et dans votre région. Dans l'idée d'une collaboration possible et d'une meilleure efficacité de l'IDE, je vous souhaite à tous de bons travaux.

Jean Zermatten

Vice-président

de l'Institut international des Droits de l'Enfant

Juge des mineurs

Président de l'AIMJF

De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant

Hugues Fulchiron

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur adjoint du Centre de droits de la famille

Résumé

L'auteur donne un aperçu de l'évolution de la perception de l'enfant au sein de la famille, de la société, et de la notion d'intérêt de l'enfant dans l'histoire du droit, notamment du droit familial. L'auteur s'attarde d'abord à définir ce qu'on entend par "intérêt de l'enfant", expliquant qu'il peut être

utilisé à la fois comme critère de contrôle (face à l'exercice abusif de l'autorité parentale, par exemple) ou comme critère de solution (pour définir les liens entre l'enfant et ses parents). L'auteur apporte des exemples historiques d'évolution législative et de jurisprudence, et présente certains enjeux liés à l'introduction de l'élément d'intérêt *supérieur* de l'enfant dans le langage de la Convention relative aux droits de l'enfant. Il évoque ensuite les difficultés et ambiguïtés que confèrent, à cette notion d'intérêt de l'enfant, la relativité (géographique, temporelle) et la subjectivité (des cultures, des personnes humaines). Il termine en introduisant la notion des droits de l'enfant comme une continuité qui précise, renforce et rend universelle la notion d'intérêt de l'enfant.

Abstract

The author gives an overview of the evolution of the perception of the child in the family and the society. It follows the notion of the child's interest through the History of Law, notably family Law. The author first defines what is meant by the child's interest, and explains that the notion can be used as a criteria of control (towards the abusive use of parental authority) or as a solution criteria (to define the relationship between the child and his/her parents). The author presents historical examples of legal evolution and jurisprudence and introduces issues related to the introduction of the notion of the "best interests of the child" in the language of the Convention on the Rights of the Child. The author suggests the difficulties and ambiguities that relativity (geographical, temporal) and subjectivity (of cultures, of human beings) imply, when one talks about this notion of interest of the child. In conclusion, the author suggests that the rights of the child are a continuity and reinforcement of the notion of the child's interest.

Resumen

El autor hace una apreciación de la evolución de la percepción del niño en el seno de la familia, de la sociedad y de la noción del interés del niño en la historia del derecho, fundamentalmente del derecho de familia. El autor se ocupa primero de definir que es lo que se entiende por "interés del niño", que puede ser tomado a la vez como criterio de control (cara al ejercicio abusivo de la autoridad parental por ejemplo) y como criterio de solución (para definir los lazos entre el niño y sus padres). Aporta ejemplos históricos de evolución legislativa y de la jurisprudencia y presenta ciertas cuestiones ligadas a la introducción del elemento del interés superior del niño en el lenguaje de la Convención sobre los derechos del niño. Evoca a continuación las dificultades y ambigüedades que confieren a esta noción de interés del niño. Habla de las dificultades y ambigüedades que confieren a esta noción de interés del niño, la relatividad (geográfica o temporal) y la subjetividad (de la cultura, de las personas). Termina introduciendo la noción de derechos del niño como un continuo que precisa refuerzo y hace universal la noción de interés del niño.

La notion d'intérêt de l'enfant est à la fois ancienne et nouvelle: on en trouve trace dans la *favor liberorum* des Instituts de Justinien ou dans le plus grand avantage de l'enfant inscrit dans le code Napoléon comme critère (subsidaire) de choix entre les père et mère divorcés. Mais la notion d'intérêt de l'enfant telle qu'elle est comprise aujourd'hui est le fruit d'une longue et profonde évolution. Il serait certes tout à fait abusif d'opposer le présent au passé, l'enfant objet à l'enfant sujet, la toute puissance paternelle qui aurait fait place à la reconnaissance des droits de l'enfant. Les choses sont en effet beaucoup plus complexes, aujourd'hui comme hier.

Pour donner une idée de cette complexité, et mieux comprendre comment la notion d'intérêt de l'enfant a peu à peu émergé pour devenir une notion clef du droit de l'enfance, il me paraît utile d'évoquer les forces à l'œuvre et leur traduction juridique. Pour cela, il faudrait remonter au XVIIIème siècle, qui dans ce domaine comme dans d'autres, engendra une véritable révolution. Depuis, plusieurs forces se sont conjuguées pour modifier radicalement le statut juridique de l'enfant. La présentation ne peut être ici que schématique, pour ne pas être caricaturale.

Première force: l'évolution des formes et des fonctions de la famille. On a souvent souligné le phénomène du rétrécissement de la famille peu à peu resserrée sur le noyau parents- enfants. Dans le même temps, la famille semble avoir été investie d'une nouvelle fonction, fonction morale et spirituelle, fonction d'éducation, qui certes existait auparavant, mais qui, à partir du XVIIIème et tout

au long du XIX^{ème}, est devenue essentielle. Or, comme le souligne Philippe Ariès, "le soin porté aux enfants inspire des sentiments nouveaux, une affectivité nouvelle: le sentiment moderne de la famille".

Cet investissement affectif de l'enfant et de l'enfance a changé l'image même des relations entre parents et enfants et par contre coup le modèle qu'en propose la loi.

Second phénomène à souligner: cette nouvelle attention à l'égard de l'enfant se nourrit du développement de "savoir" sur l'enfance et sur l'enfant qui prend une place d'autant plus importante dans la famille que baissent la fécondité et la mortalité infantile: les écrits "savants" se multiplient en médecine et en psychiatrie, ainsi que les traités d'éducation domestique, sans parler des romans dont des enfants sont les héros, souvent malheureux (que l'on songe par exemple à Gavroche et à Cosette, à Rémi de Sans famille, à Oliver Twist ou à David Copperfield).

Tous ces écrits sur l'enfance ont évidemment influencé la conception des relations au sein du groupe familial: une attention nouvelle est portée à l'enfant, non seulement dans la perspective de son avenir (faire de lui un honnête homme, un bon citoyen, un bon travailleur), mais aussi dans le déroulement de sa vie présente: on s'intéresse aux dimensions psychologique et affective d'un nouvel âge, celui de l'enfance. Le développement de la psychanalyse, qui insiste tant sur les événements vécus pendant l'enfance dans la formation de la personnalité, ont encore accentué le phénomène.

Troisième force à souligner: l'investissement de la famille par ces différents savoirs. On s'interroge moins désormais sur les rapports entre la famille et l'État, entre la famille et la société, que sur les rapports internes à la famille.

Chaque membre de la famille se voit ainsi reconnaître un statut autonome. La famille est moins conçue comme un groupe que comme le cadre de l'épanouissement personnel des individus qui la composent, et particulièrement de l'enfant.

Or, quatrième phénomène à souligner, l'enfant apparaît aujourd'hui comme le seul élément stable de la famille. A l'heure en effet où se multiplient les formes de vie en famille, (famille construite en mariage, famille monoparentale, famille recomposée après divorce ou séparation), à l'heure aussi où se multiplient les séparations des parents, l'enfant tend à devenir le point d'ancrage de la famille, ce qui évidemment n'est pas sans conséquence sur son statut. D'une part en effet les droits occidentaux ont tendance à reconstruire les relations familiales à partir de l'enfant et non à partir du couple marié, d'autre part, les besoins de l'enfant (éducation, entretien, maintien des relations avec les deux parents, droit d'exprimer son avis lors des crises que traverse la famille), apparaissent en pleine lumière.

De ce point de vue, la reconnaissance des droits de l'enfant peut apparaître non seulement comme la conséquence de l'individualisme qui marque la période, mais aussi, paradoxalement, comme une dernière tentative de reconstituer le groupe familial à partir d'un réseau de droits et de devoirs entre parents et enfants.

J'espère que l'on me pardonnera cette longue introduction dont l'objectif était seulement de faire comprendre la complexité d'une notion que l'on aurait parfois tendance à considérer comme évidente. Elle devrait également permettre d'éclairer le rôle capital que joue le critère d'intérêt de l'enfant dans le droit contemporain de l'enfance (1). Et pourtant rien n'est plus ambigu que cette notion (2). D'où le progrès décisif que constitue la consécration des droits de l'enfant (3).

1. Les fonctions du critère de l'intérêt de l'enfant

L'intérêt de l'enfant est devenu une notion clef du droit de l'enfance. Tel est le cas dans les différents droits nationaux mais aussi dans les grands textes internationaux, qu'il s'agisse bien sûr de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (qui utilise, on y reviendra, l'expression d'intérêt supérieur de l'enfant), de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 ou de la Convention

de Luxembourg du 20 mars 1980, qui tendent à régler le douloureux problème des déplacements illicites d'enfants à travers les frontières, ou de la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale, ou de la récente Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.

Classiquement, on distingue en droit deux fonctions de l'intérêt de l'enfant: l'intérêt de l'enfant est utilisé tantôt comme critère de contrôle, tantôt comme critère de solution. La référence dans les textes récents à la notion "d'intérêt supérieur de l'enfant" pourrait donner à ce concept une toute autre dimension et de nouvelles fonctions.

1.1. L'intérêt de l'enfant comme critère de contrôle et critère de solution

Si l'on se place dans une perspective historique, il semble que ces deux fonctions soient apparues successivement (du moins, la référence explicite à l'intérêt de l'enfant dans l'une et l'autre fonction). L'exemple de la France est à cet égard tout à fait significatif.

Au lendemain de la Révolution qui avait ouvert le droit de la famille aux principes de liberté et d'égalité, le Code Napoléon avait opté pour une conception beaucoup plus autoritaire des choses: le Premier consul entendait restaurer l'ordre dans la famille, comme il l'avait restauré dans l'État. Pour autant, la puissance paternelle n'est nullement conçue comme un pouvoir absolu du père sur ses enfants. Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, elle apparaît plutôt comme une fonction, c'est-à-dire un ensemble de droits et de devoirs dont sont naturellement investis le père et mère. Que si aucun contrôle n'est prévu, si aucune mesure ne permet de dépouiller le père de ses pouvoirs dans les hypothèses où il en userait mal, c'est à la fois par respect pour la "magistrature paternelle", par souci de respecter l'intimité des familles, mais aussi parce qu'il était littéralement impensable que l'on puisse protéger l'enfant contre ses parents.

Malgré le silence des textes, la jurisprudence réaffirma bientôt l'ancien pouvoir modérateur des tribunaux, c'est-à-dire le pouvoir des juges de contrôler l'exercice de l'autorité paternelle, en le fondant sur la référence à l'intérêt de l'enfant. Dès cette époque, l'intérêt de l'enfant apparaissait donc comme distinct de celui de ses parents ou de celui de la famille.

De plus, se développa à partir du milieu du XIX^{ème} siècle une importante législation sur le travail des enfants, inspirée du souci de protéger l'enfant, au besoin contre ses parents. Un pas décisif fut franchi en France avec la loi de 1889 sur la protection des enfants maltraités et abandonnés qui, après des débats passionnés, instaura la déchéance de la puissance paternelle. Depuis cette date, se sont multipliés les textes qui, en droit interne comme en droit international, ont marqué les progrès de la protection de l'enfance.

Il n'est pas question d'entrer plus avant dans le détail de ces textes. On soulignera seulement que ces différentes lois marquent bien l'évolution de la nature des rapports juridiques entre parents et enfants; la fonction parentale est désormais ordonnée vers une fin: l'intérêt de l'enfant. Les père et mère sont investis d'une véritable mission qui ne leur revient que parce que tel est l'intérêt présumé de l'enfant. L'évolution du vocabulaire juridique est à cet égard tout à fait significative: on passe de la *puissance paternelle* à l'*autorité parentale* ou dans certains pays à la *responsabilité parentale* ou encore, comme y invite d'ailleurs le Conseil de l'Europe, aux *soins parentaux*.

L'attribution, l'organisation et la mise en œuvre des droits et devoirs liés à l'autorité parentale dépendent donc désormais du critère de l'intérêt de l'enfant, qui remplit en ce domaine une double fonction. L'intérêt de l'enfant intervient tout d'abord comme critère de contrôle: c'est à l'aune de cet intérêt que le législateur confie au juge le soin de contrôler l'exercice par les père et mère de leur mission.

Mais l'intérêt de l'enfant intervient également comme critère de décision, pour l'attribution même des droits et devoirs liés à l'autorité parentale. Tel est le cas lorsque la loi organise elle-même l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale: la place faite à la mère dans la famille naturelle, la prééminence

assurée à l'exercice en commun de l'autorité parentale, s'expliquent ainsi par l'intérêt présumé de l'enfant.

Tel est également le cas lorsque le législateur confie au juge le soin d'apprécier l'intérêt de l'enfant pour définir les relations de l'enfant avec ses parents séparés ou, au besoin, pour ôter aux parents l'exercice de leurs droits, voire leurs droits eux-mêmes.

L'importance du rôle joué par l'intérêt de l'enfant a encore été accrue par l'introduction dans certains textes internationaux de la notion d'intérêt *supérieur* de l'enfant.

1.2. Les enjeux de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

L'expression d'intérêt supérieur de l'enfant a suscité bien des interrogations: faut-il la prendre au sens "du plus grand intérêt de l'enfant" ou au sens d'un intérêt supérieur aux autres intérêts en présence?

Selon la première interprétation, il s'agirait seulement d'insister sur l'importance du critère de l'intérêt de l'enfant par une formule un peu redondante si l'on retient en revanche la seconde lecture, l'innovation prend une toute autre dimension: il s'agirait de faire de l'intérêt de l'enfant un critère supérieur à tout autre, une considération qui, pour le législateur comme pour le juge, doit l'emporter sur toute considération qui pourrait éventuellement apparaître comme contradictoire. La notion d'intérêt de l'enfant serait donc investie d'une nouvelle fonction, celle de critère de résolution de conflits d'intérêts ou de conflits de droits.

Nous sommes en effet à l'aube de nouveaux types de conflits: conflits d'intérêts et conflits de normes.

Conflits d'intérêts tout d'abord. Il serait illusoire en effet de penser que l'intérêt de l'enfant correspond nécessairement, naturellement, à l'intérêt du groupe familial, comme il paraît vain d'imaginer que l'intérêt de l'enfant serait nécessairement, naturellement, conforme à l'intérêt de ses parents. De fait, la famille est naturellement un lieu de conflits: ceux qui forgent la personnalité (ou contribuent à l'harmonie générale) ou ceux, plus graves, qui nécessitent l'intervention du juge.

Dès lors, se pose une question: l'intérêt de l'enfant doit-il être considéré comme un intérêt supérieur à tout autre? Et si tel est le cas, pourquoi? Pourquoi nos sociétés posent-elles un tel principe? Que signifie, ou que cache une telle affirmation?

Apparaissent également des conflits de normes. On commence en effet à prendre conscience aujourd'hui que l'heure est aux conflits de droits. Il serait illusoire en effet d'imaginer que le droit à une vie familiale normale, le droit au secret de la vie privée, le droit à connaître ses origines, le droit d'être élevé par ses deux parents, le droit d'être protégé au besoin contre ses parents, s'articulent harmonieusement dans un sorte de grand mécanisme d'horlogerie internationale. Ces différents droits entrent nécessairement en conflit.

En France par exemple de vives polémiques ont opposé les défenseurs de l'accouchement sous X, conçu comme un droit de la mère, et le droit de l'enfant à connaître ses origines. Et il suffit d'évoquer les affrontements qui déchirent partisans de l'avortement (droit de la femme) et ceux du droit à la vie. On pourrait encore évoquer les conflits éventuels entre droit de l'enfant à être élevé par ses parents... et droit d'abandonner ses enfants.

Sans doute serait-il excessif d'opposer systématiquement droit contre droit, mais il serait tout aussi excessif de nier la réalité de tels conflits. Se pose donc la question de savoir si l'intérêt de l'enfant, l'intérêt *supérieur* de l'enfant, peut là encore servir de critère de résolution des conflits.

On le voit, le critère d'intérêt de l'enfant joue un rôle de plus en plus important dans les droits nationaux comme en droit international. Pourtant, dès que l'on se penche sur ce que recouvre cette notion, les doutes surgissent.

2. Les ambiguïtés de la notion d'intérêt de l'enfant

Il n'est pas question de faire ici le procès de la notion d'intérêt de l'enfant. L'affaire a déjà été instruite. De plus, une fois les charges réunies et la condamnation prononcée, nul n'est capable de proposer une solution alternative. Je voudrais seulement souligner la complexité d'un critère qui, comme on l'a vu, règne aujourd'hui en maître, mais qui n'en reste pas moins marqué par la relativité et la subjectivité.

2.1. La relativité de la notion d'intérêt de l'enfant

Cette relativité se manifeste à la fois dans l'espace et dans le temps.

Que la conception que l'on se fait de l'intérêt de l'enfant varie selon les époques apparaît comme une évidence. Il est certain que le législateur et le juge du XIX^{ème} siècle ne donnaient pas à cette notion la même signification que le législateur contemporain. Mais même sur une période plus courte, les évolutions sont sensibles.

L'exemple de l'autorité parentale paraît tout à fait significatif. Au début des années 1970, la législation française, comme la plupart des législations, confiait l'enfant dont les parents divorçaient à l'un d'eux. L'autre était réduit à la portion congrue d'un droit de visite et de surveillance. Cette concentration des pouvoirs entre les mains d'un seul correspondait à ce que l'on considérait à l'époque comme l'intérêt présumé de l'enfant: on craignait que l'enfant ne devienne un enjeu, un objet de conflit entre ses père et mère. Si l'on voulait éviter qu'il ne soit victime des déchirements sans fin de la séparation, il fallait que l'enfant soit confié à un seul de ses parents.

De même, dans la famille naturelle, le législateur français, comme bien d'autres, choisissait de confier l'enfant à la mère, à la fois par réalisme, mais aussi parce que tel semblait être l'intérêt présumé de l'enfant: puisque, comme l'a dit le doyen Carbonnier, la famille naturelle s'organise spontanément en matriarcat, il convenait de donner à la mère les moyens juridiques d'assumer une mission qu'elle assumait en fait.

Or, face à l'augmentation du nombre des séparations et des personnes élevant seules leurs enfants, face au problème que pose sur le plan matériel, affectif et psychologique, la quasi disparition d'un des parents (le père dans la plupart des cas), compte tenu également de l'apparition de nouveaux comportements que ne satisfaisaient pas les présupposés légaux, la législation de nombreux pays a changé, en même temps qu'émergeait une nouvelle conception de l'intérêt de l'enfant. Aujourd'hui l'intérêt présumé de l'enfant est de conserver des liens avec ses deux parents au delà de la séparation du couple. Selon une formule qui a fait flores, la loi doit permettre au couple parental de survivre à la rupture du couple conjugal. Cette nouvelle conception a triomphé dans la famille légitime comme dans la famille naturelle et elle a été consacrée par la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle se traduit techniquement par l'exercice en commun de l'autorité parentale, qui tend à devenir le principe alors que l'exercice unilatéral n'est plus que l'exception. En l'espace de quelques années, le changement a donc été radical.

On voit ainsi que des liens unissent la notion d'intérêt de l'enfant avec le contexte dans lequel elle se développe. D'autant que la nouvelle conception comme l'ancienne se nourrissent des différents "savoirs" sur l'enfance, d'ordre sociologique, psychologique, psychiatrique ou psychanalytique, dont les données évolutives sont utilisées par le législateur comme par le juge (à travers notamment l'enquête sociale), pour définir en général et en particulier l'intérêt de l'enfant.

Le système ainsi mis en place n'est sans doute pas définitif. D'une part en effet, on constate parfois un certain désenchantement vis-à-vis de l'exercice en commun de l'autorité parentale. D'autre part, certaines formules de partage de l'hébergement font encore l'objet de discussion, leurs partisans et leurs adversaires arguant les uns comme les autres de l'intérêt de l'enfant.

Ce qui est vrai de l'autorité parentale l'est aussi de l'assistance éducative ou de la place reconnue à l'enfant dans les procédures qui le concernent, notamment en cas de séparation des parents. Pendant longtemps, l'intérêt présumé de l'enfant a été d'être tenu à l'écart du conflit; aujourd'hui, on opérerait

plutôt pour la conception inverse: l'intérêt présumé de l'enfant semble de lui donner la possibilité d'exprimer son avis. La Convention relative aux droits de l'enfant en a d'ailleurs fait un droit de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant apparaît donc comme une notion en perpétuelle évolution parallèlement à l'évolution des savoirs sur l'enfance. Or, dans bien des cas, ces savoirs sont "instrumentalisés" pour servir aux besoins de la société. Si l'on reprend l'exemple de l'autorité parentale, on observera notamment que la mobilisation des "spécialistes de l'enfance" pour appuyer l'exercice en commun de l'autorité parentale est intervenue à un moment où l'on commençait à réaliser le danger pour la famille (et pour la société toute entière) de l'éclatement des structures traditionnelles et de l'effacement du père.

Relative dans le temps, la notion d'intérêt de l'enfant l'est aussi dans l'espace.

La question est encore plus complexe et l'on ne peut que lancer ici quelques pistes de réflexion. Sommes-nous sûrs en effet que l'intérêt de l'enfant tel qu'il est conçu dans tel ou tel pays d'Europe est le même que dans tel autre, que l'intérêt de l'enfant "européen" est le même que celui de l'enfant américain; que l'intérêt de l'enfant des pays "occidentaux" est le même que celui de l'enfant vivant dans des pays fortement marqués par l'Islam; que l'intérêt de l'enfant des pays développés est le même que celui d'enfants vivant dans des pays en voie de développement?

La question mérite d'être posée, d'autant que la Convention relative aux droits de l'enfant, qui pose comme référence ultime la notion d'intérêt de l'enfant, a été ratifiée par des pays de culture et de droit très différents, au prix d'ailleurs d'un certain nombre de compromis.

On peut prendre comme exemple le cas des pays musulmans. Il est une règle de droit musulman, reprise par de nombreuses législations contemporaines, selon laquelle l'enfant en bas âge est confié à la mère et le garçon devenu plus âgé à son père. Ces dispositions correspondent à l'intérêt présumé de l'enfant tel qu'il est traditionnellement conçu dans les sociétés musulmanes. Certes, ces règles sont en général accompagnées d'un certain nombre de tempéraments. Mais le principe n'en demeure pas moins.

En réalité, que la notion d'intérêt de l'enfant soit à la fois relative et évolutive n'a rien de surprenant en soi. Telle est la destinée de toute notion "cadre". Tout le problème est que l'intérêt de l'enfant, érigé en absolu, aurait trop tendance à être pris comme une *évidence* qu'il s'agirait seulement d'apprécier dans telle ou telle situation concrète. Mais cette appréciation n'est pas neutre. Elle s'intègre dans un ensemble de normes sociales qui varient dans le temps et dans l'espace. De plus, la notion semble marquée par la subjectivité.

2.2. La subjectivité de la notion d'intérêt de l'enfant

La subjectivité intervient à un double niveau.

Il s'agit tout d'abord d'une subjectivité collective, ce qui rejoint en partie ce qui a été dit à propos de la relativité de la notion d'intérêt de l'enfant. Cette subjectivité est celle qu'une société donnée, à un moment donné de son histoire, qui se fait une image de l'intérêt de l'enfant: éducation de l'enfant dans telle ou telle religion par exemple ou refus de tout "excès" de pratique religieuse (cf. la méfiance actuelle à l'égard des groupes religieux minoritaires qui perpétue à travers l'intérêt de l'enfant la vieille hostilité vis-à-vis des sectes). On pourrait aussi prendre l'exemple de l'assistance éducative et des "modes" qu'elle a pu connaître (qu'il s'agisse du type même des mesures à prendre ou du refus de toute peine de prison, presque "évident" hier mais qui commence aujourd'hui à être contesté... au nom de l'intérêt de l'enfant).

L'intérêt de l'enfant est aussi marqué par une subjectivité personnelle qui se manifeste à un triple niveau.

- Subjectivité des parents tout d'abord: quel parent ne prétend pas agir dans l'intérêt de l'enfant alors même qu'il semble poussé par des considérations avant tout égoïstes (les juges du divorce le savent bien)?
- Subjectivité de l'enfant également: le problème surgit notamment lors de la prise en compte de l'avis ou des souhaits de l'enfant, car si l'intérêt de l'enfant ne se réduit pas à la conception que s'en font les parents, il ne correspond pas nécessairement à l'image qu'en a l'enfant lui-même.
- Subjectivité du juge enfin, ou de l'autorité administrative investie du pouvoir de prendre la décision: or chacun sait ici combien est forte cette subjectivité (ou en tout cas le risque de subjectivité), alors même que la décision prétend reposer sur une analyse "scientifique" de la situation.

Comme je l'ai dit au début de mon propos, l'analyse critique qui vient d'être faite de la notion d'intérêt de l'enfant est classique. On ne compte pas les expressions utilisées pour stigmatiser en quelque sorte le caractère flou ou "mou" d'un concept trop souvent présenté comme une évidence: coquille vide, masque, serpent de mer juridique, Protée etc.; et l'on trouve sans doute des expressions de ce genre dans toutes les langues. Pourtant, comme je l'ai également signalé, nul ne propose un autre critère ou un autre instrument pour construire les relations entre parents et enfants et assurer une protection de ces derniers. Il semble donc qu'il faille se résigner à cette situation, admettre même qu'elle est inévitable et que, de ce point de vue, parler d'intérêt supérieur de l'enfant ne change pas grand chose.

En fait, de cette analyse critique, ressortent surtout les difficultés à fonder des règles sur une notion aussi floue. La protection de l'enfant nécessite la construction de fondations plus solides: la reconnaissance de véritables droits de l'enfant.

3. La reconnaissance des droits de l'enfant

Il n'est pas question d'opposer ici intérêt de l'enfant et droits de l'enfant, ne serait-ce que parce que les droits de l'enfant sont mis en œuvre dans l'intérêt de l'enfant. Il s'agit seulement de faire apparaître en quoi la reconnaissance des droits de l'enfant est un instrument de protection de l'enfant particulièrement efficace en ce qu'il révèle, au-delà des différences de temps et de lieu, au-delà des particularités de chaque situation, une image plus précise et surtout universelle de l'intérêt de l'enfant. En ce sens, les droits de l'enfant proclamés au nom de l'intérêt de l'enfant permettent de se faire une idée plus précise de ce qu'il convient d'entendre par intérêt (supérieur) de l'enfant.

On le découvre dans la Convention relative aux les droits de l'enfant, mais aussi dans les différents textes internationaux qui constituent en quelque sorte l'ébauche d'un véritable droit international de l'enfance.

Il n'est pas question de faire ici le portrait d'un enfant "international" (ou supranational), tel qu'il serait construit par les textes internationaux. L'ambition serait excessive et le résultat sans doute décevant: cet enfant est au mieux un mythe, au pire un monstre. Même l'enfant de la Convention est rongé par les tempéraments, les exceptions et les compromis; même l'enfant "européen" est contrefait par les contradictions de normes accumulées en strates successives.

Il ne saurait non plus être question d'entonner la grande litanie des droits de l'enfant et de ses libertés. Il s'agit seulement de souligner quatre constantes qui, malgré des nuances, témoignent de l'unité des textes.

Le droit de l'enfant à une famille. Par famille, il faut entendre famille d'origine. Ce n'est que si sa famille d'origine est incapable de prendre l'enfant en charge que l'on aura recours à une famille de substitution. Le principe est posé dans la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 20), comme dans la Convention de La Haye du 29 mai 1993: "chaque État devrait prendre, par priorité, des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine" (préambule).

La primauté du rôle de la famille par rapport aux autorités politiques, sociales ou judiciaires. La règle est solennellement proclamée à l'article 5 de la Convention relative aux droits de l'enfant: "Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention". Le refus de toute mainmise de la collectivité sur les enfants, qui n'enlève rien au devoir des États d'assurer la protection de l'enfant en cas d'absence ou de carence familiales, apparaît au moins en filigrane dans les autres textes.

Le droit de l'enfant de conserver des relations avec ses deux parents. Ce droit est affirmé à l'encontre des États, même lorsqu'une mesure de protection est nécessaire (cf. art. 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant), mais aussi dans les rapports entre les membres de la famille. L'article 11 de la Convention dispose ainsi que les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. Tel est évidemment le souci primordial des conventions multilatérales qui tendent à lutter contre les déplacements d'enfant: Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 ou Convention de La Haye du 25 octobre 1980, notamment. Tel est aussi le souci de nombreuses conventions bilatérales, telle que la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988. Ce texte mérite d'ailleurs une place à part en ce qu'il garantit l'existence d'un droit de visite transfrontalière au profit du parent non-gardien.

La prise en compte de l'avis de l'enfant. La volonté de prêter la plus grande attention aux souhaits et à l'avis de l'enfant, compte tenu bien entendu de son âge et de sa maturité, est le fruit d'une évolution beaucoup plus récente. Un tel souci est évidemment très présent dans la Convention relative aux droits de l'enfant; et l'on sait quels débats ont suscités les dispositions de ce texte lorsqu'il s'est agi de transposer les principes ainsi posés dans la pratique judiciaire et administrative. Tel est le principal objet de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe. Mais il est remarquable que la Convention sur l'adoption du 29 mai 1993 prenne aussi en compte dans son article 4 les souhaits et l'avis, sinon le consentement, de l'enfant.

Même si ces droits sont mis en œuvre *dans l'intérêt de l'enfant*, ils apparaissent comme autant de références certaines pour apprécier cet intérêt, quitte bien entendu, comme y invitent les différents textes cités, à les adapter à chaque contexte particulier, à chaque enfant particulier. C'est en ce sens que la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant constitue, malgré ses insuffisances, une étape décisive dans la protection de l'enfant.

Orientations bibliographiques:

- *Du divorce et des enfants*, sous la direction de L. Roussel, PUF, 1996
- I. Théry, *Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?*, Revue Esprit, avril 1992.
- F. Dekeuwer, *Les droits de l'enfant*, Que sais-je? 1993
- J. Carbonnier, *Droit de la famille*, PUF, 16ème éd., 1993
- *L'enfant et les conventions internationales*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, PUF, 1996.

The best interest of the child : the point of view of a member of the committee on the rights of the child

Marta Santos Pais

Member of the United Nations Committee on the Rights of the Child,

Résumé

L'auteure, Membre du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (jusqu'en 1997), souligne l'importance de la Convention relative aux droits de l'enfant. La nature holistique du document, qui contient à la fois les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels, confère à cette Convention un caractère novateur. Cette approche holistique est renforcée par les quatre principes généraux identifiés par le Comité des droits de l'enfant et qui doivent guider l'interprétation de tous les droits inclus dans la Convention: la survie et le développement, la non-discrimination, la participation et l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est à ce dernier élément que l'auteure s'attarde, s'y référant comme à un jalon éthique universel. L'auteur donne quelques exemples où la notion d'intérêt supérieur de l'enfant sert de guide, en insistant toujours sur le fait qu'elle devrait être considérée dans toutes les actions impliquant les enfants. Elle apporte certains arguments aux critiques qui déplorent l'absence de définition de la notion, soulignant que cette "faiblesse" permet en fait d'analyser le cas des enfants individuellement, sans la contrainte d'une définition stricte.

Abstract

The author, a Member of the Committee on the Rights of the Child (until 1997) underlines the importance of the Convention on the Rights of the Child. The holistic nature of the document, which contains both civil and political rights, and economic, social and cultural rights, stresses its innovative character. This holistic approach is further reinforced by the four general principles, identified by the Committee on the Rights of the Child, which should guide the interpretation of all the rights included in the CRC: survival and development; non-discrimination; participation; and the best interests of the child. The author specifically discusses this latter issue, identified as a universal ethical reference. The author gives several examples where the notion of the best interests of the child serves as a guide, insisting on the fact that it should be considered in all actions involving children. She argues in support of the lack of a specific definition of the notion, stressing that this "weakness" allows a specific approach to each individual case, without being restricted by an absolute definition.

Resumen

El autor, Miembro del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (hasta 1997), subraya la importancia de la Convención sobre los Derechos del niño. La naturaleza holística del documento que contiene a la vez los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, confiere a esta Convención un carácter innovador. Este acercamiento holístico está reforzado por los cuatro principios generales identificados por el Comité de los Derechos del Niño y que deben guiar la interpretación de todos los derechos incluidos en la Convención: la supervivencia y el desarrollo, la no discriminación, la participación y el interés superior del niño. Sobre este último elemento se ocupa el autor, refiriéndose como a un jalón ético universal. El autor da algunos ejemplos donde la noción de interés del niño sirve de guía, siempre insistiendo sobre el hecho que debería ser considerada en todas las acciones implicando los niños. Ella aporta ciertos argumentos a las críticas que deploran la ausencia de definición de la noción, subrayando que esa "debilidad" permite de hecho de analizar el caso de los niños individualmente, sin la coacción de una definición estricta.

The Convention on the Rights of the Child is a major achievement in the area of standard-setting.

The Convention is in fact a landmark without precedent in the history of the United Nations. It has been already ratified or acceded to by 180 States¹ (in October 1995) from all regions of the world, including States which had never before adopted a single convention in the field of human rights. Each and every one of them expressing a clear commitment to fully realize the rights of children.

Such a reality clearly shows that children pave the way for a different political attitude and it stresses how children's rights may be the opening stage for the universal respect of fundamental rights and freedoms. We are therefore faced with a unique opportunity of transforming this wide political consensus into a living and meaningful reality.

Particularly now that we are close to attaining universal ratification. Now, that we are commemorating the 50th anniversary of the UN, an organization designed to promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all without discrimination.

That is why it is important to recall that the World Conference on Human Rights called on States to integrate the Convention on the Rights of the Child into their national action plans, while recognizing the implementation of the CRC as a priority in the United Nations system-wide action on human rights. The realization of the rights of the child is therefore a clear challenge and priority for the activities not only of States, but also of UN bodies and specialized agencies, and should lead to programs of technical assistance.

The Convention on the Rights of the Child is of special importance in the light of its binding nature. In fact, the Convention is not a simple set of vague recommendations States are supposed to consider in the adoption and implementation of policies for children. It rather creates specific obligations every State Party has pledged to honour before the international community, to act and create the necessary conditions for the effective enjoyment of the rights recognized by the Convention.

By ratifying or acceding to the Convention, States endorse the recognition of the fundamental rights of children. Both in law and in practice, States cannot ignore such status or fail to provide adequate legal protection - a reality which becomes of special relevance in a diversity of areas of the life of children, including in the system of administration of juvenile justice, protection against economic exploitation of children (including through labour), identity of the child or special treatment in case of asylum seekers or refugees.

In the light of article 41 of the Convention, States are even requested to go beyond and always apply the most conducive norms to the realization of the rights of the child, either provided for in national legislation or in international law in force for that State. This reality shows that, although being often recognized as a set of minimum binding standards, possible in the context of negotiation and political compromise, the Convention further calls for a continuing progress and improvement, as well as for the highest level of protection to be ensured to children. This in turn explains why the Convention should also be envisaged as an open instrument, to be applied in conjunction with other relevant international standards. The International Labour Organization Convention 138 on child labour could be given as an example in relation to article 32 of the Convention on the Rights of the Child, or the Beijing Rules, the Riyadh Guidelines and the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, as they relate to articles 37 and 40 of the Convention in the field of juvenile justice.

Ratification of the Convention implies also that children are to be envisaged as bearers of rights and not anymore as simply vulnerable persons, calling for special assistance and protection, not yet prepared to intervene in life, not yet responsible neither mature human beings, or simply perceived as property of the family or of those who are responsible for the child.

With the Convention, the child is in fact envisaged as a citizen of today, having the right to express views and see those views duly taken into consideration, the right to be informed and consulted, to be given the opportunity of participating actively in any decision-making process affecting his/her life. And at the same time, the child is seen as someone who deserves to be respected and given the best possible support and attention.

But ratification does not mean the simple recognition of rights. It further implies, in fact, a commitment by States to act, to adopt all necessary measures to ensure and respect the rights recognized by the Convention without discrimination of any kind. States are therefore required to harmonize national law and policy with the Convention on the Rights of the Child and to act in accordance with the human rights values of the Convention. Thus, States should undertake a comprehensive law reform, in all fields covered by the Convention, with a view of reflecting it in the national legal system. In fact, only a clear legal framework will allow to fully ensure the observance of, and respect for, the standards established by the Convention, standards that were freely accepted by governments upon ratification.

Moreover, there is a need to ensure that such rights and standards may be invoked before the courts and that they have a binding nature for public officials dealing with children. They are therefore not a simple ethical reference, but rather a meaningful tool to change the living reality of children.

But, for the implementation of the Convention to be effective, it becomes essential to combine legal reforms with information campaigns to ensure a wide dissemination of the Convention, to use it as a meaningful tool of advocacy for children's rights, thus creating awareness, preventing abuse and neglect, and changing lasting negative attitudes and traditions. The Convention is the first United Nations treaty stressing such an importance, when it includes a specific provision calling on States to make the provisions and principles of the Convention widely known, by active and adequate means, to adults and children alike.

Thus, children will become active promoters of their own rights and will steadily contribute to the prevention of the violation of those same rights. Similarly, professionals working with and for children will gain the necessary skills to act in the spirit of the Convention, through a systematic and enriching training, and the present Seminar organized by the International Institute on Children's Rights is clearly an important initiative in this regard.

There is further a need to establish institutions which can act on behalf of children and promote their best interests, such as Ombudspersons for children, and monitoring mechanisms to evaluate the reality on a permanent basis and promote steady progress.

It is important to stress that the Convention has set up a holistic approach to the rights of the child. In an innovative way, civil, political, economic, social and cultural rights are in fact included in the same text. All are recognized as necessary for the full and harmonious development of the personality, and inherent to the human dignity of the child. They include *inter alia* the right to a harmonious development, the right to education, the right to leisure and recreation or the right not to perform any harmful or hazardous work, as well as the right to a name and a nationality, to a family environment, to freely expressed views, to information, to form or join associations. Such a holistic approach ensures an integrated consideration and interpretation of the Convention on the Rights of the Child, which leads to an implementation system that stresses the coexistence of, and mutual respect for, all the different rights recognized therein.

This holistic and integrated program is enriched by four general principles that constitute an underlying value of the Convention and a guiding reference for the way each individual right should be protected and respected. These principles are: non discrimination, participation of the child, survival and development and the principle of the best interest of the child, which is to be considered today in greater detail.

Although each one of these principles reflect an essential value of the Convention, they have also to be seen in conjunction with each other and with the recognized rights of the child. The guidelines of the Committee on the Rights of the Child and the dialogue held with governments are meant to reflect such an importance.

1. Survival and development

Survival and development indicate that children should grow up in a harmonious manner, with love and affection, in the clear respect for the child's human dignity, giving children the possibility and capacity of developing their talents and abilities to their fullest potential, becoming active and responsible actors in society.

2. Non discrimination

The Convention does not include any definition of non-discrimination. It presents, however, a clear message of prohibition of discrimination of any kind, providing at the same time for a list of basic criteria under which no child should be injured, privileged, punished or deprived of any of his or her fundamental rights. This principle means that girls and boys, rich or poor children, living in rural or urban areas, belonging to a minority or an indigenous or social group should thus be given the opportunity to enjoy the same fundamental rights.

3. Participation

Participation means that no implementation system may be carried out and be effective without the free expression of views by children, without giving them the opportunity of being listened to and duly taken into consideration. It also implies the need to assess whether the existing environment, including the justice system, is conducive to a free and informed expression of the views of the child.

Are we in fact ensuring respect for a right, providing for the necessary space, time and information, or are we expecting for a duty to be fulfilled, pressuring children to speak in situations where we need them to intervene? For instance, within the justice system, are we foreseeing all possibilities for children to have a say in matters affecting their lives, as in procedures aiming at adoption or in cases where the child has been a victim of ill-treatment or sexual abuse, including by ensuring legal counselling and access to free legal aid? Or is their intervention only confined to those circumstances where they have a duty to testify in criminal proceedings?

4. Best interest of the child

The best interest of the child is, like the three other general principles, an umbrella provision which indicates the approach to be followed in the realization of all rights of the child recognized by the Convention. It reflects the new ethics of the Convention that children be provided for, and always for the best.

It is within the framework of the Convention as a whole, adopted as a universal ethical reference, having a binding force and an innovative holistic approach to children's rights, that the question of the best interests of the child is to be considered.

In the light of article 3 of the Convention, the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies. It means that, in each and every circumstance, in each and every decision affecting the child, one should always choose the best possible solution for the child.

Such an approach shall prevail in all cases, both when there is a direct relation between the State and those subject to its jurisdiction, and when the State only intervenes to regulate the general conditions following which children's rights should be enjoyed, including in a private context such as the family.

When legislative bodies are to adopt a new law or to review an existing one, it is essential to consider whether the solutions proposed are the best possible ones for the benefit of children. When a court is settling a conflict of interests, it has, as often recognized by the Human Rights Committee, "the right and duty to decide in the best interests of the child". When administrative authorities intervene, confirming the State's responsibility to ensure and protect children's rights, including when local authorities decide upon the traffic regulations and safety places for children to walk or play, they should act on behalf of the child and safeguarding his or her best interest.

When budget allocation is decided, priority should also clearly be given to children's policies and resources allocated to their maximum extent possible, and clear assessment should be ensured of the impact of such allocations on the enjoyment of children's rights.

The best interest of the child is not even confined to public undertakings, since it should also be a basic guideline when private institutions undertake actions concerning children, including when they decide upon standards relating to health, safety, number and suitability of their staff or on the competent mechanisms of supervision.

This principle further constitutes a guiding reference for the way parents exercise their responsibility of upbringing and ensuring a harmonious development of the child. For this reason, article 18 of the Convention stresses that "the best interest of the child should be the parents' basic concern".

Having been incorporated in the Convention, real *Magna Carta* of children's rights, the concept of the best interest of the child has helped to crystallize the perception of the child as a real person in his/her own right and not simply as a non-entity. At the same time, and since it is an underlying value of the Convention as a whole, it clearly shows that there is no right recognized there into which this principle is not relevant, no reality addressed by the Convention where it may be meaningless.

Since it is to be considered in all actions affecting children, as stressed by article 3 of the Convention, it may even be decisive, in the light of paragraph 2 of this same provision, in relation to situations not clearly covered by the Convention, when necessary for the child's well-being.

Some criticism has been voiced in view of the fact that no definition of best interest has been included in the Convention. The fact is that "non discrimination" is not defined either, and this has never been an argument to question its basic importance and decisive value to ensure effective realization of children's rights. In fact, lawyers know how difficult it is to adopt a perfect definition, and how often definitions lead to a restrictive approach to rights.

Some have argued that the lack of such a definition paves the way for an indeterminate notion which may lead to the exercise of a broad administrative and judicial discretion, by nature subjective and arbitrary. Yet, as stressed by Professor Philip Alston, this criticism helps to explain the role and significance of this principle according to which "the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions concerning children". He writes, that the Convention in its holistic nature provides the broad and ethical framework that is often claimed to be the missing ingredient which would give the greater degree of certainty to the content of best interest.

It is important to recognize that the Convention does not and could not seek to provide any definitive statement of how a child's best interest would be best served in any given situation, since the precise implications of the principle will vary over time and from one society, with its own cultural, social and other values, to another. It will vary from child to child and according to each individual child's situation. And it has to be considered in relation to the rights of the child that may be at stake, within the broader context of the Convention as a whole.

Some voices have also mentioned the fact that article 3 only considers the best interest of the child as *a primary consideration*, one reference amongst many others, and not as *the primary one*, which would tend to minimize its essential value. But the fact is that, as an umbrella provision, article 3 purports to present a general and guiding principle and, whenever a specific situation is envisaged, the Convention in fact adopts the expression "the primary consideration". This is for instance the case in article 18, in relation to the responsibilities of parents, where *the best interests of the child will be their basic concern*, article 21 on adoption, where *the best interest of the child shall be the paramount consideration*, the same spirit prevails in the area of the administration of juvenile justice in articles 37 and 40.

To illustrate all these considerations, it is interesting to recall the recommendations addressed by the Committee on the Rights of the Child to the Government of Canada, in the area of the implementation of article 22 of the Convention. In fact, in its concluding observations, the Committee recommended that Canada pay particular attention, *inter alia*, to the principle of the best interest of the child in all matters relating to the protection of refugee and immigrant children, including in deportation proceedings.

In this regard, the Committee suggested that every feasible measure be taken to facilitate and speed up the reunification of the family in cases where one or more of its members have been considered eligible for refugee status in Canada. Solutions should be sought to avoid expulsions causing the separation of families, in the spirit of article 9 of the Convention. More generally, the Committee recommended that the Government addresses the situation of unaccompanied children and children having been refused refugee status and awaiting deportation in the light of the Convention's provisions. Deprivation of liberty of children, particularly unaccompanied children, for security or for other purposes should only be used as a measure of last resort in accordance with article 37 of the

Convention. In one case, there was encouragement for a new legislation to address the situation of unaccompanied children and children having been refused refugee status and awaiting deportation.

Although it is true that by ratification, States recognize the rights and principles included in the Convention, it is interesting to stress, in this regard, that the principle of the best interest is not often clearly reflected in national legislation. In fact, studying the report by the United Kingdom, the Committee stated that, in its view, this general principle had not been reflected in the British legislation in the areas of health, education or social security, as well as in relation to corporal punishment and juvenile justice.

The best interest is also a basic criteria to settle possible conflicts of interests to the advantage of the child. This principle is therefore to prevail in any case where there is a conflict of interests between the child and those who are responsible for him or her, including the parents.

In the light of the reports considered by the Committee, this has often been the case of the basic right of the child to education versus the need of the family, which paves the way for children's work below the minimum age of access to employment.

In this regard, the report of Madagascar meaningfully illustrates such a reality, recognizing that the best interest of the child may compete with:

- The interests of the family, which regards the child as an asset and a blessing, but also as a helping hand in times of poverty and economic crisis affecting the family as a whole.
- It may also compete with the interests of the parents. The problem of poverty is more serious in some sectors than others. Schooling is expensive. A child is a burden who must be dressed, fed and raised. In return, the child is expected to do work which may be contrary to his best interest.
- It may still compete with the interests of other children within the same social or family group and even in the nuclear family. There may be differences between younger and weaker children and older who are in better health conditions, between brother and sister. It is then necessary to determine the best interest of each child in relation to the others living in the same conditions.

And the report concludes: "Conflicts of interest exist, but must be settled in the context of full implementation of the Convention. Conflicts may end or grow less serious if social welfare facilities were more effective, if information for parents was better thought out and more readily available, and if children themselves were more aware of their rights and could practice the systems of protecting one another."

Apart from being a criterion to settle conflicts between the child and others, the principle of the best interest of the child can also be decisive to settle a conflict between different rights of the child. Thus, while article 7 of the Convention recognizes the right of the child to be cared for by his/her parents, article 9 stresses that, in the best interest of the child, the child might be separated from them. This will be the case where parents abuse or neglect the child, or lead him or her to be involved in any form of exploitation or servitude. In fact, in case such a separation would not take place, the right of the child to a physical, mental, spiritual, moral and social development would be compromised.

In the same line, while recognizing that deprivation of liberty should only be used as a measure of last resort and for the shortest possible period of time, in cases where such measure is absolutely necessary children should be separated from adults. In their best interests, however, it might be advisable to keep them together - as it could apply in the case of deprivation of liberty of a whole family having broken the law of immigration, under which the separation of children from their parents would be an additional sanction for the latter, being in a foreign country, where a different language is spoken and other cultural traditions prevail.

The best interest of the child can, thanks to its positive approach and invitation for always finding the best possible solution for every child, further help identifying realities which, being contrary to human value and dignity of the child, prevent and compromise the realization of the fundamental rights of children. In its thematic discussion on the economic exploitation of children, the Committee on the Rights of the Child identified a list of activities which must be strictly forbidden and in relation to which there can be no compromise.

The Committee qualified as unacceptable:

- activities involving any form of cruel, inhuman or degrading treatment, the sale of children or a situation of servitude;
- activities that involve discrimination, particularly with regards to vulnerable and marginalized social groups;
- dangerous or harmful activities to the child's harmonious physical, mental or spiritual development;
- activities that jeopardize the education of the child, or those which are performed under the minimum ages referred to in article 32 of the Convention and in particular those recommended by the ILO.

In the light of the examined reports, it is also unacceptable to use flogging as a penalty or educational measure, or to require indeterminate sentence or capital punishment for children.

Being of essential importance to guide the implementation of the Convention, as well as to solve arising conflicts, the best interest of the child further stresses the commitment of States to act on behalf of children to ensure the realization of the rights recognized by the Convention, and never in a way that may compromise such an aim.

In fact, and to use as an illustration article 32 of the Convention relating to child labour, it reaffirms the duty of States Parties to take legislative, administrative, social and educational measures to ensure the protection of children from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous, to interfere with the child's education or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development.

This explains the number of recommendations made by the Committee about child labour to States parties when considering their reports:

- comprehensive legal review;
- effective enforcement of existing standards;
- establishment of complaints and inspection procedures;
- consideration of programs of rehabilitation for children victims of any form of exploitation in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child;
- effective implementation of the right to compulsory free education for all.

In the area of placement of children in care, the Committee stressed the importance of only separating children from their families as a last resort, and never as an easy answer to situations where the family would simply lack economic means. In such cases, in fact, the best interest of the child would rather call for measures of assistance to the family.

But such a commitment to act also lies with the United Nations system. In fact, in article 45 of the Convention, international cooperation is recognized as an essential tool to foster the implementation of this legal instrument. In the same spirit, the World Conference on Human Rights recognized the realization of the rights of the child as a priority, and recommended that the human rights and the situation of children be regularly reviewed and monitored by the supervisory bodies of the specialized agencies, in accordance with their mandates.

This explains the existing partnership between the Committee on the Rights of the Child and UN bodies and specialized agencies, and the importance attached to the establishment of programs of technical assistance in relation to countries where a particular area of concern has been identified.

This has often been the case for the area of child labour, where the specific advice and assistance of UNICEF and ILO have been sought, and in relation to which programs have been launched. The same has happened in relation to asylum seeking and refugee legislation and procedures, where the cooperation of UNHCR has proved to be of essential importance.

Moreover, the best interest of the child should also lead to a serious consideration and adequate action, by international and regional financial institutions, of the way children's rights should be protected in programs of economic reform and under strategies of structural adjustment.

Moreover, in the light of the decisive importance of ensuring a meaningful national process of implementation of the Convention, involving the civil society and promoting a movement of social mobilization, the best interest of the child further implies a call to research institutes, universities and non-governmental organizations. Through their non political activities of gathering information, assessing the reality, identifying setbacks and sharing positive achievements, they provide for a wide movement of support and action for the promotion and protection of children's rights, thus ensuring popular participation and a healthy public scrutiny. In a word, the best interest of the child denies passivity and is a clear call for the active intervention of each one of us in the process of envisaging children as full fledged persons.

Enfants, parents, Etat : d'une situation de protection générale à une situation de protection légale. Les défis d'une convention.

Geert Cappelaere

Université de Gand, Centre droits de l'enfant

Résumé

L'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant, si elle confirme la reconnaissance de droits "de l'homme" à l'enfant, devrait être considérée avec circonspection, au regard des faiblesses que lui confèrent les nombreuses réserves émises par les États parties. L'auteur établit une distinction entre la protection de l'enfant, qui nie la responsabilité (incarnée par la notion "d'intérêt supérieur" dans la Convention) et la protection juridique de l'enfant, qui reconnaît l'enfant comme sujet de droits et qui est la base même de la Convention de 1989. Il explique que l'approche de la protection juridique est une étape subséquente à la protection stricte, vers une reconnaissance de l'enfant comme personne à part entière. Présentant la CDE, l'auteur souligne que la capacité juridique de l'enfant a cependant des limites, et il les analyse. Il conclue en admettant que si le droit ne peut précéder l'évolution des mœurs et des valeurs sociales, la Convention est un premier dans la bonne direction pour une réelle autogestion des enfants dans le sens juridique.

Abstract

The adoption of the UN Convention on the Rights of the Child confirms the recognition of human rights to children, but it should be considered with caution, in view of the numerous reservations made by States parties, which weaken it. The author makes a distinction between child protection, which denies responsibility (embodied in the notion of "best interests" in the Convention) and the legal protection of the child, which recognises the child a bearer of rights, and is the essence of the 1989 Convention. He explains the legal protection approach is a subsequent step to strict protection, towards the recognition of the child as an individual. Introducing the CRC, the author stresses that the legal capacity of the child has limitations, and he analyses them. He concludes by recognising that although the Law cannot precede the evolution of social values, the CRC represents a first step towards a real self-responsibility of children in the legal sense.

Resumen

La adopción de la Convención sobre los derechos del niño (CDN), si confirme el reconocimiento de derechos humanos al niño, debería ser considerada con circunspección, a la luz de las debilidades que le confieren las numerosas reservas emitidas por los Estados partidos. El autor establece una distinción entre la protección del niño, que nega la responsabilidad (incarnada por la noción " del interés superior " en la Convención) y la protección jurídica del niño, que reconocelo como sujeto de derechos y que es la base misma de la Convención de 1989. Explica que el enfoque de la protección jurídica es una etapa subsequencial a la protección estricta, hacia un reconocimiento del niño como una persona de pleno derecho. Presentando la CDN, el autor subraya que la capacidad jurídica del niño tiene sin embargo limites, y las analiza. Concluye admitiendo que si el derecho no puedo preceder la evolución de las costumbres y de los valores sociales, la Convención es un primer paso en la buena dirección en una real autogestión de los niños en el senso juridico.

Introduction

La société internationale a reconnu dans le chef de l'enfant les droits de l'homme. Faut-il rappeler que le 20 novembre 1989, l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté la Convention relative aux droits de l'enfant? L'adoption de cette Convention, étant une confirmation des droits de l'homme dans le chef de l'enfant, ne peut être considérée comme un nouveau point de départ pour les efforts en vue de réaliser une société respectueuse de l'enfant. Sa ratification quasi universelle ne peut que nous réjouir. Bien que quelques observations critiques, qui touchent le fond de l'instrument même, méritent également l'attention. Il est en effet réjouissant et à la fois alarmant que plusieurs États, qui préalablement n'avaient jamais ratifié un instrument international des droits de l'homme, ratifient la Convention relative aux droits de l'enfant¹. En effet, on pourrait en déduire qu'il n'est pas du tout évident que les droits de l'enfant soient considérés comme des droits fondamentaux de l'homme, complétés par quelques droits spécifiques nécessaires au vu de la vulnérabilité particulière des enfants. Ce point de vue était le point de départ pour la communauté internationale, affirmé fermement déjà dans la préambule.

¹ Le premier janvier 1996, 55 Etats avaient ratifié la Convention relative aux droit de l'enfant, sans avoir ratifié ni le Pacte des Nations Unies relatif aux Droits Civils et Politiques, ni le Pacte des Nations Unies relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels. Pour 6 Etats parties, la Convention relative aux droits de l'enfant était le seul et unique instrument international relatif aux droits de l'homme ratifié (United Nations, Human Rights International Instruments. Chart of ratifications as at 31 December 1995. Doc. ST/HR/4/Rev.13).

L'enthousiasme justifié autour de la ratification quasi universelle de la Convention relative aux droits de l'enfant, ne peut non plus nous rendre aveugles par rapport aux réserves et aux déclarations interprétatives que presque un tiers des pays ont émises avant leur adhésion à cette Convention. La plupart de ces réserves peuvent en effet également nous mener à réfléchir sur le sérieux (ou la manque de sérieux) que la Convention en général et les droits de l'enfant en tant que droits fondamentaux en particulier, suscite. Quelques exemples:

"... reservations on all provisions of the Convention that are incompatible with the laws of Islamic Shariah and the local legislation in effect." (Afghanistan)

"... it interprets the articles of the Convention in a way which safeguards the primary and inalienable rights of parents, in particular in so far as these rights concern education, religion, association with others and privacy." (Saint Siège)

"The Kingdom of the Netherlands accepts the provisions of article 26 of the Convention with the reservation that it shall not imply an independent entitlement of children to social security, including social insurance." (Pays-Bas)

"The Republic of Poland considers that child's rights as defined in the Convention, in particular the rights defined in articles 12 to 16, shall be exercised with respect for parental authority, in accordance with Polish customs and traditions regarding the child within and outside the family." (Pologne)

Ces réflexions introductives, bien que très importantes, ne sauraient nous décourager. Elles doivent cependant nous apprendre à ne pas oublier que les droits de l'enfant, leur application correcte et leur surveillance ne sont évidentes nulle part au monde. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant n'est qu'un point de départ.

Dans le texte qui suit, nous avons essayé de retracer ce que sont les éléments essentiels en vue d'un respect à part entière de l'enfant tel que proclamé, entre autres, dans 'leur' Convention.

1. Protection de l'enfant ²

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant est à ce jour probablement l'expression la plus universelle d'une attention croissante pour la protection juridique des enfants.

Bien que la Convention reflète encore de façon certaine l'approche protectrice (l'intérêt de l'enfant étant par exemple, un principe directeur - voir l'article 3), on y retrouve également des percées importantes en vue d'une protection juridique effective de l'enfant. Ainsi selon la Convention, l'intérêt de l'enfant n'est plus déterminé uniquement par les adultes. "L'enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité" (article 12).

La Convention confirme donc que les premiers pas sont posés vers la protection juridique de l'enfant-citoyen.

On pourrait comprendre à première vue, que la protection de l'enfant et les efforts pour défendre/promouvoir ses droits sont considérés comme opposés l'un de l'autre. Le mouvement des droits de l'enfant se justifie en effet de temps à autre sur la base des expériences négatives (des enfants) face à la protection institutionnalisée de l'enfant et de la jeunesse (p.ex. le placement excessif d'enfants en institution).

En même temps, les 'protecteurs de l'enfant' jugent que trop d'attention pour le droit positif peut nuire aux rapports des enfants avec la société. Ces rapports, en premier lieu avec les parents, sont principalement émotionnels et ne devraient être soumis à trop de règles venant de l'extérieur.

Cependant le droit n'est pas non plus totalement absent dans les efforts protecteurs. Dans cette perspective, c'est "l'intérêt de l'enfant" qui est le point de départ et non le droit. Le droit et la justice peuvent être utilisés en vue de protéger cet intérêt (cf. la création de tribunaux de l'enfance - tribunaux de la jeunesse).

Voilà pourquoi il est utile, même nécessaire peut-être, de se demander si et dans quelle mesure les perspectives de protection des enfants, d'une part, et la protection des droits de l'enfant, d'autre part, sont essentiellement différentes.

A notre avis, il s'agit de deux démarches consécutives, mais provisoires, dans un processus vers une attention institutionnelle croissante pour les enfants et leur situation dans la société.

La reconnaissance de la qualité propre des enfants (l'enfant en tant qu'individu) comprise dans la protection de l'enfance, impliquait en même temps l'approche de l'enfant comme particularité. Dans la philosophie des Lumières, les enfants étaient assez vite réduits à être des acteurs du futur, la richesse de demain.

Il ne suffisait pas de protéger plus les enfants contre certaines situations intolérables (les adultes souffraient parfois tout autant); les enfants étaient pour ainsi dire retirés de la société et placés en quarantaine. La protection et la préservation allaient dominer les rapports avec les enfants. Nous nous trouvons au début du XXème siècle.

² Ce texte est un résumé d'un rapport de recherche, publié uniquement en néerlandais : G. Cappelaere, F. Spies-Schaert, E. Verhellen : "Rechtsbescherming van kinderen", Bussel, Federale Diensten voor Wetenschappelijke, Technische en Culturele Aangelegenheden, 1994.

2. Les origines du mouvement des droits de l'enfant

Un siècle à peine plus tard, la "mise en retrait" pour cause de protection est questionnée sérieusement. Et cette remise en question ne concerne pas uniquement le traitement de chaque enfant individuellement, mais également le regard porté sur les enfants en tant que groupe social. L'introduction des 'droits de l'enfant' implique ainsi des défis et au niveau structurel (comment la société doit-elle être réaménagée pour que les enfants y obtiennent leur place en tant que citoyens à part entière?) et au niveau individuel (comment l'enfant et ses droits peuvent-ils être protégés au maximum?).

Assez vite, les droits de l'enfant ont été introduits en tant que perspective sociale. Janusz Korczak par exemple écrivait son livre 'Le droit de l'enfant au respect' en 1929. En 1923 déjà, la première Déclaration des droits de l'enfant était rédigée. Elle sera adoptée par la Ligue des Nations plus tard.

Cependant, on ne peut distinguer un réel mouvement des droits de l'enfant que depuis les années '70. Nous comprenons par ce mouvement, les initiatives multiples menées partout dans le monde pour la reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit à part entière. Ce mouvement aimerait voir reconnu dans le chef de l'enfant tous les droits fondamentaux ainsi que la possibilité d'exercer indépendamment ces droits. A côté du droit des enfants à la protection, on reconnaît leur autonomie, leur droit à l'autogestion et leur qualité de sujets de droit à part entière, et ceci est essentiel. L'équivalence de tous les êtres humains, quel que soit leur âge, est un point de départ plutôt qu'une finalité à atteindre.

La reconnaissance de la validité des droits de l'homme dans le chef de l'enfant est complémentaire plutôt que contradictoire aux efforts du mouvement de protection des enfants avec pour objectif de combler les besoins particuliers des enfants. Il est cependant nécessaire de traduire ces besoins spécifiques en droits préférentiels. En tout cas une certaine protection est jugée nécessaire pour que les enfants puissent être extraits de toute forme d'exploitation. Cependant cette protection ne peut être réalisée en interdisant à l'enfant le droit au libre choix. La liberté d'options doit aller de pair avec un souci particulier pour la qualité des options possibles.

3. Le droit en tant qu'instrument principal

On pourrait se demander pourquoi le droit a été choisi comme nouvelle "stratégie". En effet, le droit et les droits de l'homme ont tendance à refléter certaines valeurs et normes, qui ne sont pas nécessairement valables partout dans le monde ou dans n'importe quelle culture.

Voilà pourquoi il faudrait considérer cette nouvelle démarche avec une certaine réticence. Absolutiser le droit comme unique moyen salvateur nuit incontestablement tout autant au respect que nous

devons aux enfants et à tous les êtres humains. Pourtant, dans la société actuelle, certainement dans le monde occidental, le droit est le moyen par excellence pour respecter et pour se faire respecter. Ce moyen ne peut donc pas être interdit aux enfants.

Les droits peuvent être considérés comme des intérêts protégés juridiquement, des intérêts avec garantie pour ainsi dire. Cette garantie est importante et même essentielle. La notion "d'intérêt de l'enfant" est floue et implique ainsi le danger de l'arbitraire. Un système judiciaire basé sur la notion "d'intérêt de l'enfant" démarre en premier lieu de l'enfant en tant qu'objet de droit. Ceci implique très expressément qu'on n'accorde aux enfants que très exceptionnellement le droit d'ester³ en justice quand ses intérêts sont menacés.

Quand nous voulons réaliser la protection juridique de l'enfant en se basant sur des droits personnels (subjectifs), reconnus également dans le chef de l'enfant, il ne suffit pas de traduire son intérêt en droits mais en même temps, il faut reconnaître son droit d'ester en justice, d'exercer indépendamment ses droits. Voilà pourquoi la reconnaissance de la capacité juridique de l'enfant est probablement le plus grand défi pour le mouvement des droits de l'enfant.

³ Ester en justice implique non seulement le fait de témoigner devant un tribunal.

4. La Convention relative aux droits de l'enfant (1989)

La discussion fondamentale autour du besoin d'un système particulier de droit pour les enfants (à côté des systèmes existants des droits de l'homme) est à l'origine du processus de rédaction de la Convention relative aux droits de l'enfant.

La Convention contient un vaste Préambule (13 paragraphes) et pas moins de 54 articles. Le Préambule reprend les principes importants sur lesquels la Convention est basée. Les articles même sont divisés en trois parties:

- Les articles 1 à 41: contiennent les dispositions substantielles qui fixent les droits de l'enfant et les obligations des États ratifiants; nous y retrouvons à la fois les droits de l'homme dits de la première génération (les droits civils et politiques) et les droits de l'homme dits de la deuxième génération (les droits sociaux, économiques et culturels);
- Les articles 42 à 45: déterminent la surveillance de la Convention et son application;
- Les articles 46 à 54: contiennent les dispositions formelles pour l'entrée en vigueur de la Convention.

Dans les articles 12 à 16, la Convention reconnaît dans le chef de l'enfant explicitement et pour la première fois dans l'histoire, certains droits de l'homme fondamentaux (dits droits civils et politiques). La Convention peut être considérée comme un moment charnière dans la réorientation d'une approche des enfants strictement protectrice vers une approche émancipatrice. D'un stade de protection de l'enfant, la Convention fait passer à un stade de protection des droits de l'enfant, un stade de protection juridique. Cependant, la tension entre les droits particuliers de l'enfant et les droits de l'homme y subsiste.

5. La protection juridique de l'enfant

5.1. Conditions essentielles

Les conditions essentielles pour une protection juridique réelle sont:

- Avoir des droits.

- Être informés de ses droits.
- Pouvoir exercer ses droits.
- Pouvoir se prévaloir de ses droits devant la justice.
- Pouvoir (faire) défendre ses intérêts.

Quand ces conditions, ou une de ces conditions manquent ou sont insuffisamment remplies, l'exercice même des droits est en danger. Dans ce qui suit, nous avons essayé de donner un aperçu général, loin d'être complet, de la situation des enfants sur le plan de ces caractéristiques essentielles de la protection juridique.

5.2. L'enfant, sujet de droits

L'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant fut un événement important qui témoigne d'un consensus croissant pour reconnaître l'enfant comme un sujet de droits à part entière. A part les droits de l'homme qui valent pour tous les êtres humains, la Convention confirme que l'enfant est également porteur de droits particuliers, qui tiennent compte de sa vulnérabilité spécifique.

Pourtant, il faut faire remarquer que bien que les enfants soient de plus en plus souvent reconnus dans les législations comme des sujets de droits dits fondamentaux, cela ne suffit souvent pas pour rendre opérationnels les droits. Ainsi la Constitution Belge reconnaît le droit à l'éducation de chaque citoyen mais le choix de l'école est considéré comme un droit des parents. On trouve pareil exemple également dans le premier protocole à la Convention Européenne des droits de l'homme. L'article 2 statue que: "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques."

5.3. Les enfants et l'exercice de leurs droits

Dans la distinction entre les droits fondamentaux, d'une part, et leur mise en pratique, d'autre part, on reconnaît dans le chef des mineurs, le reflet des principes juridiques de la capacité civile et de l'incapacité judiciaire.

Dans la plupart des pays occidentaux, la minorité est synonyme d'incapacité judiciaire. Autrement dit, même si le mineur est reconnu comme sujet de droits, juridiquement il n'est pas reconnu capable d'exercer indépendamment ses droits. Ce sont les personnes chargées de l'autorité parentale qui sont censées effectuer les droits de l'enfant. L'autorité parentale et la minorité sont ainsi deux principes juridiques complémentaires.

Cette construction empêche cependant souvent la valorisation de la position juridique du mineur. Un avis du Conseil d'État Belge (section Législation) dans le cadre de la loi sur la prolongation de l'obligation scolaire (1983) en témoigne. L'idée de remplacer l'obligation scolaire par un droit à l'instruction était refusé par le Conseil d'État, car "si le droit à l'éducation peut être considéré, à certains égards, comme un droit légitime de l'enfant, ce droit ne peut s'exprimer qu'à travers l'obligation faite aux parents d'assurer cette éducation."

L'appréciation du droit des enfants à exercer indépendamment leurs droits semble varier assez fortement selon que l'on adopte un point de vue pragmatique d'une part ou légaliste d'autre part. Partant de la réalité, on peut constater que, malgré l'incapacité judiciaire du mineur, la capacité du mineur à poser valablement des actes juridiques est reconnue pour autant que ces actes ne nuisent pas au mineur.

Mais même quand on insiste sur la notion d'incapacité judiciaire, on peut constater que la capacité naturelle et juridique est confirmée de plus en plus expressément dans la vie sociale. On retrouve également dans la jurisprudence belge des exemples éloquents de la reconnaissance de la capacité des enfants. Dans un arrêt du Conseil d'État saisi par un mineur en conflit avec ses parents, par exemple, le Conseil a estimé qu'il s'impose de reconnaître au mineur la capacité d'exercer seul son droit à l'aide sociale lorsque ses représentants légaux ne le font pas pour lui.

Certains auteurs remarquent la présence fréquente de deux principes de la Convention relative aux droits de l'enfant qui peuvent mener à l'exclusion des enfants de l'exercice de leurs droits, notamment le principe de l'intérêt de l'enfant et le principe du discernement. Un autre principe de la Convention semble entraver l'évolution vers une exercice de plus en plus indépendant de leurs droits par les enfants. Il s'agit plus précisément de la reconnaissance du fait que les enfants, parce qu'ils sont des enfants, ont droit à une protection particulière.

Les enfants ont droit à une protection contre les violations de leurs droits; comme l'autogestion peut impliquer des violations de droits, certains auteurs concluent que limiter le droit à l'autogestion revient à recourir au droit à la protection, "dans l'intérêt supérieur du mineur". Considérant ceci, certains jugent que l'amélioration de la position juridique du mineur n'a de sens que si on lie le droit à l'autogestion à un seuil d'âge. On devrait donc dans la mesure du possible considérer positivement ce principe d'autogestion, à moins que l'on puisse faire la preuve qu'il serait préférable de ne pas le reconnaître. En tout cas, la Convention n'est certainement pas explicite sur le renversement de la règle existante.

5.4 Les enfants et leur capacité d'ester en justice.

La scène juridique n'est qu'une partie de la scène sociale et elle n'entre à l'avant-plan que si des conflits doivent être évités ou résolus. L'accès au juge est également important pour les enfants. Sinon les enfants, se trouvant déjà dans une position sociale inférieure, risquent de sortir perdants une fois de plus dans des situations conflictuelles.

La possibilité d'ester en justice suppose un bon nombre de conditions pour les enfants. Dans le débat juridique actuel, on peut distinguer entre autres la capacité d'introduire un procès, la capacité d'être partie dans les débats et surtout le droit à être entendu dans toute procédure judiciaire et administrative où un enfant est concerné.

Leur absence en tant que partie aux débats rend les enfants fortement dépendants de l'appréciation du juge. Voilà pourquoi en se basant sur la Convention relative aux droits de l'enfant, on requiert au moins le droit à être entendu pour les mineurs. Cependant ce droit ne peut être respecté à part entière que si ce que l'enfant dit est considéré également important. On argue souvent de la nature influençable de l'opinion de l'enfant pour la dévaloriser. On ne semble pas cependant se poser la question de la nature influençable de l'opinion des adultes. Seraient-elles si différentes?

Certains tribunaux se basent même sur l'article 12 de la Convention pour reconnaître dans le chef de l'enfant sa capacité d'être partie aux débats. Cette interprétation représente donc un pas supplémentaire vers la protection juridique des enfants. Les conséquences de cette décision pourraient être incontestablement assez profondes.

La reconnaissance des enfants en tant que parties aux débats a été sujet de discussions pendant longtemps et l'est encore aujourd'hui. La Cour Européenne des droits de l'homme par exemple décidait que priver le mineur de ce droit dans une procédure visant à la déchéance de l'autorité parentale, n'était pas contraire à la Convention Européenne des droits de l'homme. Le droit à être partie aux débats a été reconnu quand même par plusieurs tribunaux. La Cour d'Appel de Mons (Belgique) a choisi explicitement de ne pas limiter l'écoute de l'enfant à une affaire sans engagement. Même la Convention statue dans son article 12 § 1.2 que "les opinions de l'enfant doivent être dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité". La simple obligation d'entendre l'enfant, comme prévu dans l'article 12 § 1.1, ne garantit en effet pas que le juge doive

répondre, grâce à l'intervention des enfants, par une décision motivée. L'obligation d'entendre ne permet pas non plus à l'enfant d'aller en appel contre les décisions prises. Bien que dans des cas exceptionnels, la capacité personnelle de l'enfant à introduire un procès est de plus en plus reconnue.

Un des motifs pour cela est la reconnaissance de la capacité matérielle de l'enfant à l'exercice autonome de ce droit. Un autre motif concerne le caractère personnel du droit du mineur en question. Enfin, on reconnaît cette capacité dans le chef de l'enfant quand une application trop stricte de l'incapacité menacerait la protection et la défense des intérêts des enfants.

5.5. Les enfants et l'information sur leurs droits

L'information est une condition élémentaire pour une protection juridique effective. Il ne faut donc pas être surpris de constater que cette importance est également accentuée dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Bien qu'une place importante soit octroyée à l'enseignement pour informer les enfants (article 29), l'article 42 oblige les États parties à faire largement connaître les principes et les dispositions de la Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants. En plus, l'article 44.6 prévoit l'obligation pour les États parties d'assurer une large diffusion dans leur pays des rapports périodiques sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits.

Nous rappelons que l'article 12 prévoit le droit de l'enfant à la participation, plus particulièrement le droit à exprimer librement son opinion dans toutes les affaires qui le concernent. L'article 13 approfondit encore ce droit à la liberté d'expression: "... Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant". Il est clair que la Convention veut lier expressément le droit à l'information, la liberté d'expression et la participation. L'importance de l'information dans le contexte de la protection juridique des enfants est donc clairement confirmée dans la Convention.

5.6. Les enfants et la défense de leurs intérêts

Nous avons souligné dans l'introduction que la perspective des droits de l'enfant comporte des défis, et sur le plan de la protection juridique individuelle, et sur le plan structurel. Si nous acceptons que les processus décisionnels démocratiques sont en principe un équilibre des forces entre des intérêts différents, il est important que les intérêts des enfants soient également représentés au niveau politique.

Les enfants n'ont pas le droit de vote et ils ne sont pas organisés en groupes de pression. Les enfants ne sont donc pas directement représentés dans le processus décisionnel politique. En plus, certainement en Occident, le nombre d'enfants diminue par rapport à la totalité de la population. Donc également à un niveau quantitatif (un élément important compte tenu du principe de majorité dans une démocratie), le pouvoir potentiel des enfants diminue. Ces deux arguments sont à l'origine de la défense des intérêts des enfants, en tant que stratégie prioritaire utilisée par le mouvement des droits de l'enfant. La défense des intérêts des enfants ('child advocacy') vise à changer les systèmes, les institutions et les législations en vue d'élargir dans notre société les possibilités d'autogestion des enfants. Cette forme de défense d'intérêts vise ainsi souvent ces conditions de vie qui nuisent aux enfants et les limitent dans leurs possibilités.

Des recours en faveur des enfants individuels, même s'ils sont très étendus, ne suffisent pas. Des changements structurels sont jugés nécessaires. La recommandation 1121 du Conseil de l'Europe, qui est pour plusieurs raisons importante dans le contexte des droits de l'enfant, demande également aux États membres "à envisager, s'ils ne l'ont pas encore fait, de nommer un médiateur spécial pour les enfants, qui pourrait les informer de leurs droits, les conseiller, intervenir et, éventuellement, ester en justice des poursuites en leur nom". Selon cette recommandation, ce sont les autorités mêmes qui doivent prévoir un porte-parole pour les enfants. Il devrait s'agir d'une institution officielle pour la défense des intérêts des enfants à tous les niveaux sociaux.

Comme les enfants sont dépendants (économiquement), comme leur statut légal est en principe passif et comme ils n'ont pas de droits politiques, le système de défense d'intérêts doit assurer aux enfants l'accès aux services, aux possibilités et à la protection auxquels ils ont droit en tant que citoyen. Plusieurs initiatives doivent soutenir les enfants dans la recherche du droit.

Tenir compte des enfants et de leur voix peut signifier un enrichissement pour la recherche d'une solution pour tout problème social. C'est ce que nous apprennent entre autres les expériences avec les Conseils Municipaux d'Enfants. Quand les enfants peuvent participer dans tous les aspects de la politique municipale, ils défendent parfois les dossiers qui sont également chers aux adultes.

La défense des intérêts des enfants peut également être nécessaire vue l'impuissance actuelle à reconnaître les rapports entre les divers domaines politiques et les conditions de vie des enfants. Trop souvent encore nous devons constater qu'on tient compte des enfants uniquement dans les domaines qui leur sont exclusifs. Les changements macro-sociaux semblent se faire sans l'apport des enfants.

Conclusion

Sans doute le droit ne peut-il devancer l'évolution des mœurs et les valeurs sociales. Il serait dangereux de reconnaître subitement au mineur des droits qu'il n'a pas appris à exercer dans la vie de tous les jours. Le meilleur moyen pour lui d'échapper à ce danger est d'être toujours un peu en retard sur la vie. Souvent les discussions pour ou contre une plus grande autogestion des mineurs passent à la réalité sociale que vivent les enfants et aux évolutions sociales qui poussent les enfants vers une plus grande autonomie.

En même temps il faut constater que les premières brèches, par exemple au principe de l'incapacité, sont apparues dans les matières qui ne concernent qu'accessoirement l'épanouissement et l'émancipation du mineur. Les premiers progrès ont été faits là où on avait besoin du mineur comme soldat, comme ouvrier, comme client ou comme consommateur. Les changements de statut du mineur ne sont donc pas toujours inspirés par des motifs propres aux enfants. Au contraire, s'il est exact que les constructions juridiques sont le reflet des évolutions sociales, la conclusion ne peut être que les enfants ne pèsent pas lourd dans la balance de l'évolution sociale.

Cependant, il faut continuer les efforts pour que... la Convention relative aux droits de l'enfant soit un bon point de départ.

Children's rights put to a severe test : concrete aspects of the relations between children, parents and state

Hina Jilani

Lawyer, Lahore, Pakistan

Résumé

L'auteur relativise l'influence de l'État sur certaines institutions, surtout la famille, pour assurer le respect des droits de l'enfant. Car bien que la famille soit l'une des institutions chargées de protéger les droits des enfants, elle a parfois tendance à plutôt les bafouer, notamment dans les sociétés asiatiques qui sont largement ancrées dans les pratiques traditionnelles. A ce moment, l'État peut difficilement ou refuse de s'ingérer dans la famille, importante force sociale dans ces pays. Le traitement discriminatoire réservé aux femmes, aux enfants, et surtout aux petites filles est aigu au sein de la famille et il est parfois renforcé par l'inaction de l'État. L'auteur mentionne et explique plusieurs manifestations de cette discrimination qui s'apparente à de la négligence et parfois à de l'abus: mariage forcé des filles très jeunes, prostitution, travail des enfants... L'auteur conclut que les

difficultés économiques, souvent invoquées pour justifier les violations des droits de l'enfant, ne sauraient camoufler les raisons réelles du non respect des droits: le manque de volonté politique, la difficulté de se distancier des pratiques traditionnelles dommageables, la position vulnérable des enfants...

Abstract

The author intends to relativise the actual impact of the State on some institutions, specifically on the family, to ensure the respect for children's rights. Although the family is one of the institutions in charge of the protection of children's rights, it sometimes has a tendency to violate them. Asian societies are notably burdened by traditional practices. Then, the State has difficulty or refuses to get involved in the family, which represents an important social force in those countries. Discrimination against women, children and especially the girl child is very present in the family and it is sometimes reinforced by the State's inaction. The author mentions and explains several manifestations of the discrimination, which can be associated with negligence and sometimes with abuse: forced marriage of very young girls, prostitution, bonded child labour... The author concludes that economic difficulties, often used to justify children's rights violations, should not hide the real reasons for the non-respect of rights: the lack of political will, the reluctance to eliminate harmful traditional practices, the vulnerable position of children...

Resumen

El autor relativiza la influencia del Estado sobre ciertas instituciones, sobre todo la familia, para asegurar los derechos del niño. Ya que, si bien la familia es una de las instituciones encargadas de proteger los derechos del niño, a veces tiene tendencia a violarlos, especialmente en las sociedades asiáticas que están enormemente ancladas en las prácticas tradicionales. En este momento, el Estado puede difícilmente, o no quiere intervenir en la familia, importante fuerza social en esos países. El trato discriminatorio reservado a las mujeres, a los niños y particularmente a las niñas está agudizado en el seno de la familia y es a menudo reforzado por la inactividad del Estado. El autor menciona y explica varias manifestaciones de esta discriminación que tiene apariencia de negligencia y a veces de abuso: bodas forzadas de niñas muy jóvenes: prostitución, trabajo infantil. Concluye que las dificultades económicas invocadas a menudo para justificar las violaciones de los derechos del niño, no pueden camuflar las verdaderas razones del no respeto de los derechos, la falta de voluntad política, la dificultad de distanciarse de prácticas tradicionales perjudiciales, la posición vulnerable de los niños ...

The status of the child is unique amongst other categories of people for the protection of whose rights international action became necessary. It is in this category that vulnerability is most apparent in all aspects of life. The UN Convention on the Rights of the Child presents us with a challenge to conceive the child in the context of rights. While children are recognised as human beings having the right to enjoy all human rights fully, their legal capacity remains limited and the power of deciding on their welfare rests not with themselves but with others. This allows social and political institutions to hold a degree of authority over the child, the exercise of which authority over an adult would constitute a violation of the rights of an individual.

The Convention does provide guidelines for the exercise of such authority and makes the best interests of the child a basis for all decisions affecting his/her life. It is, however, true that the institutions which are expected to safeguard the right of the child to care and protection, have been the result of specific social, political and economic conditions. Responses of these institutions towards rights reflect attitudes that are conditioned by circumstances peculiar to each society. It is neither wise nor realistic to presume that the existing institutions are benign or that there is a uniformity in their perception of rights. In fact, concerns common to most parts of the world regarding child rights suggest otherwise. Implementation of the principles enshrined in the Convention would, therefore, require a substantial change in existing perceptions before a meaningful improvement can be made in the lives of children. Measures for the enforcement of these principles through State intervention or through acceptance and recognition by the society, would have to be preceded by a thorough and honest assessment of the institutions on whose role the promotion, protection and development of children's rights largely depend.

The family is seen as the natural environment for the growth and well being of the child and the Convention makes it incumbent upon the State to assist and strengthen the family in order that it can assume this responsibility. While the State is made responsible for ensuring the protection and care of the child, this function is to be performed taking into account the rights and duties of parents. The parameters of parental rights and duties have not been clearly defined in the Convention, leaving it open to flexibility in the application of principles. It is not universally true that the rights of children will not conflict with the interest of the parents or the family. What role is the State then expected to play in ensuring the protection of the rights of the child? The answer is obvious. Yet States have seldom found it easy or politically expedient to intervene effectively where traditional practices within the family violate child rights. This is particularly true of Asian experience, where religious, cultural or customary practices have often been sanctified by the State in order to maintain the political statu quo. Even where states have not supported cultural specificity as a challenge to the universality of international standards, and have made efforts to eliminate such practices through legislative or other intervention, they have encountered strong resistance from different forces.

Children are not citizens and have no effective political power. Most states, therefore, have no incentive to give primacy to their rights over the economic and political interests of more powerful social groups. Family in most Asian societies has been an important structure of social support. Yet an absence of equality of rights amongst its members has weakened its potential for providing a truly benign environment to all members. The position of women and children has been as vulnerable within the family as within the society and the State. The highest risk of violence that women and children face is from within the family. This risk is even greater for the girl child, whose very life remains under threat. Where she is allowed to survive, she faces the most glaring forms of discrimination at every stage of her life. Customary practices and religious precepts resulting in discrimination against the girl child, in particular, have continued without any strong or deterrent sanctions. Female feticide and infanticide are widely prevalent in India and are not rare in Pakistan. While laws have been enacted for punishment of the offence, social and public policy measures have not been formulated to support the law by bringing attitudinal change. Social attitudes of "son preference" receive encouragement because of the low status of women. The growing trend of religious extremism and cultural chauvinism in both countries has become a serious obstacle to change in the social and legal status of women.

Child marriage is another form of violation of the rights of the child which, though recognised as an evil, has not been eliminated and persists throughout the region despite legislation outlawing the practice. Parents claim the authority to give a child in marriage as a right, and intervention of the State through restraining legislation is seen as an infringement of this right. In some countries it is seen as a challenge to culture and in others to religion. In Pakistan the Child Marriage Restraint Act has remained under attack from religious forces who claim that any restriction on the age of marriage is against Islamic principles. The Act was passed in united India in 1929 and was amended in 1961 to raise the minimum age of marriage. The amendment did not, however, remove the discrimination in the law against the girl child. The law prescribes different ages for the marriage for males and females. Whereas the age of marriage for men is 18, that for females is 16. The law, therefore, permits marriage of the girl child and prohibits it for the male child. Recommendations for changing the age to 18 for girls have been made both on grounds of equality and health, but have not been accepted either because governments have been allies of religious lobbies or have found it politically inexpedient to take measures that could provoke an adverse reaction from them.

Child prostitution is another, though a more extreme, form of misuse of parental authority and control over the girl child. Studies on the practice in Thailand show that children are forced into prostitution by parents or the family for economic gain, and are exposed to other forms of abuse in the process. The practice has more or less gained the status of tradition. This is a prime example of the exploitation of the child in which the State also has a vested interest and, therefore, deliberately refrains to intervene. Children have been exploited as an economic resource in other ways by the family and the State, both finding a common benefit in this exploitation. Export of children from Pakistan, Bangladesh, Sudan to the Gulf countries to be used for camel racing is another example.

Reports of human rights organisations in Pakistan, reveal that it was only in rare cases that the children were kidnapped for this purpose. Nearly 90% of the children were sent by their own parents. The fact that most of these children were between the ages of five and seven, and that parents continued to send the children despite being aware of the danger to which they were exposed, raises serious questions about the measure of control that can be allowed to parents, without appropriate interventions by the State or responsible third parties, such as NGOs.

Poverty and economic need of the family has often been put forward as an excuse by the State and the civil society, both having failed to intervene in the best interests of the child.

The practice of child labour can be used as an example to show the conflict of interests, and it is a situation in which the interest of the child almost always suffers. Children who are admitted to labour at an early age, often perform this labour under parental pressure. Younger children are exposed to greater exploitation, and have lesser control over their earnings. The family or parents of a working child have seldom or never been seen to show concern or protest over the exploitation of the child. Any negotiations that they undertake on behalf of the child with the employer is almost always with regard to wages, which shows that their concern is only to increase the earning potential of the child and not to protect the child. Campaigns against child labour have received no support from families of working children, and they have often aligned themselves with employers and other vested interest groups against such campaigns.

The primary responsibility for the elimination of all forms of exploitation, including child labour, rests with the State. The fact that child labour exists is a serious indictment of the State. Economic interests of states have largely been the cause of State inaction on child labour in countries where this practice is more widely prevalent. Export oriented state policies have resulted in exploitation of children as cheap labour. In the effort to keep the cost of production low and national exports competitive in the world market, welfare of children is deliberately ignored.

It is the obligation of the State to protect children from exploitation. There is no reason to allow or condone exploitation of children as an economic resource by their own families. It is true that child labour cannot be studied in isolation, and has to be seen as an issue in the context of the social, economic and political conditions prevalent in the country. These conditions, however, must not be permitted to undermine the commitment to act in the best interests of children. It is also important that solutions are found rather than compromises made in view of necessary changes. Poverty may be the main cause of child labour; but child labour does not relieve poverty. There is no evidence that any substantial improvement of economic status is achieved through the earnings of children. It has also been noted that in families in which children work there is often a non-working adult who can work instead and at better wages. The tendency to conceal or justify child labour suggests a disregard for the well being of children. Until such time that the existence of child labour is admitted, and the reality confronted with courage, neither state nor civil society will be able to build the capacity to meet the challenge of eliminating the exploitation of children.

Social, political and economic factors combine to cause exploitation. Vulnerability of children increases their exposure to exploitation. Vested interests of politically stronger social groups hamper the adoption of child protection measures. At the same time the State and the family can misuse the authority and control over children to the detriment of their interests and well being. How are rights of the child then to be ensured? The first step in this direction would have to be a commitment that the principle of the best interests of the child remains supreme and no other consideration can be allowed to compromise this principle. Interests of the child must be assessed independently of the interests of parents or family. The right of the child to care and protection excludes the child from bearing responsibilities which are normally those of adults. Legislative action and policy decision of states must recognise the special status of children, and neither state institutions nor parents should have the power to exercise absolute authority and control over the child without the possibility of state intervention in the event that the authority is being exercised against the welfare of the child.

With the adoption of the Convention, the principles enshrined have been recognised. The stage for arguments on principles has, therefore, passed. The time now is for the application of these principles

through implementation of the Convention. It will neither be easy nor simple. The human rights concepts contained in the Convention challenge both the society and the State more than any other human rights instrument. It envisages a fundamental change which will involve a degree of structural adjustment which has only been committed to in this Convention but not yet implemented. The agenda for change can only be determined after a thorough examination of existing social and political institutions and the economic environment. An honest assessment of these institutions is required rather than an unrealistic romanticism about their roles. If the process is managed wisely, implementation of the Convention can achieve results which would have a positive impact on the human rights of all disadvantaged groups.

Introduction générale aux rapports des ateliers

Tous les groupes d'atelier ont eu à gérer la diversité des participants: origines diverses, horizons professionnels variés, langues de travail différentes. Cette diversité a été à la fois enrichissante et problématique. Enrichissante pour la raison évidente qu'elle a permis à tous de connaître les réalités de chacun, et problématique car elle a parfois engendré des lenteurs à cause de la traduction dans les deux autres langues de travail. Les participants avaient des thèmes particuliers à discuter mais ont parfois débordé sur des sujets de préoccupation qui leur étaient plus proches, s'éloignant un peu du thème pré-établi. Le constat général est à l'effet que les difficultés économiques, le poids des traditions et des cultures, le contexte social et politique ont trop souvent un impact négatif sur la réalisation des objectifs (ambitieux, il faut bien le dire) de la Convention relative aux droits de l'enfant. Les groupes se sont donc penchés sur certaines solutions à apporter à ces obstacles pour que les enfants soient respectés en tant qu'êtres humains, sujets de droits.

Rapport du premier groupe

Points de discussion

- Quelle hiérarchie entre les différents intérêts (ceux de l'enfant, des parents...) dans le contexte de la formulation de la Convention (l'intérêt supérieur de l'enfant)?
- Peut-on parler de droits sans devoirs?
- Problème de la détention préventive

Constats établis

1. Intérêt de l'enfant

Il ne s'agit pas de voir le conflit latent entre les intérêts des uns et des autres. Quand on parle de l'intérêt supérieur de l'enfant, on ne cherche pas à faire un choix contre quelqu'un, mais plutôt faire un choix pour l'enfant. La question du relativisme culturel a été abordée, notamment au sujet de l'excision, qualifiant cette pratique d'inacceptable, mais cependant acceptée par certaines sociétés.

On attribue un rôle important à tous les acteurs sociaux dans l'amélioration de la situation des enfants.

2. Droits et devoirs

Dans le contexte éducatif, on établit souvent une dialectique droit/devoir. Alors que pour les enfants qui n'y ont pas accès (surtout dans les pays en voie de développement), l'école est un droit, pour les enfants issus de sociétés industrialisées, l'école est perçue comme un devoir. Selon la Convention, la scolarisation est une obligation morale de l'État envers sa jeunesse et il appartient à la société de prendre ses responsabilités à l'égard des enfants.

3. Détention préventive

La question de la détention préventive ou provisoire est particulièrement épineuse car elle se fait dans des conditions qui ne sont souvent pas conformes aux règles établies et ne tient pas compte de la situation particulière des enfants. Cette détention se fait avant le jugement, se déroule souvent dans les commissariats de police et peut parfois s'étendre sur de longues périodes (des mois, voire des années).

Il existe des moyens juridiques et non juridiques de remédier à ce qui semble être parfois un état d'exception pour certains mineurs, mais qui demeure trop fréquent.

Les moyens juridiques

- Le Pacte de New York sur les droits civils, qui contient des dispositions qui sont tout à fait intéressantes pour les mineurs.
- les Règles minima de Beijing
- les Principes directeurs de Riyad
- la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant

Les principes dans ces différents textes ont été rappelés:

- Caractère exceptionnel de la détention
- La détention doit être la plus courte possible.
- La séparation des mineurs incarcérés et adultes incarcérés. (Cette séparation se fait dans tous les cas, sauf quand l'intérêt supérieur de l'enfant requiert que l'on procède autrement).

Ces règles sont d'ordre législatif, et il faut rappeler l'écart qui existe trop souvent entre la loi et sa pratique.

Il a été rappelé l'absolue nécessité de la spécialisation des juges, mais aussi des policiers, des travailleurs sociaux, de toutes les personnes qui agissent avec les mineurs, notamment les mineurs incarcérés. Puis également la nécessité de travailler avec la communauté, c'est à dire d'avoir une responsabilité de l'ensemble des acteurs dans ce domaine, et pas simplement des juges et des avocats. La nécessité de former une communauté avec les gens qui s'intéressent et qui s'engagent dans ce domaine. Il a été également question des possibilités de techniques particulières sur le plan juridique et judiciaire.

La Convention prévoit la révision régulière de la situation d'un mineur incarcéré. Il y a obligation de faire le point sur la situation dès la sortie voire même pendant le séjour dans les locaux de la police, et de revoir le mineur régulièrement dans des temps bien précis. Un temps limite doit être fixé pour la détention provisoire globale du mineur. Chaque État devrait, dans sa législation nationale, adopter des règles concernant la durée de la détention, ce que la CDE ne spécifie pas. Si dans certains pays, des règles sont fixées, il arrive trop souvent que celles-ci soient contournées.

Dans le cadre du travail d'associations, certaines personnes ont pu se rendre compte de ces situations et les porter à la connaissance de la justice. Celle-ci a pu y remédier alors qu'elle n'en avait pas connaissance initialement. Sans devoir écarter la responsabilité du système policier et judiciaire, voici un exemple pour montrer que le travail des ONG, en collaboration avec les autorités judiciaires et policières, paraît tout à fait essentiel. Il y a beaucoup de cas de détentions arbitraires qui persistent tout simplement parce qu'ils sont insuffisamment connus ou méconnus. Ces cas ne concernent pas n'importe quels mineurs, mais ceux qui sont les plus démunis, sans famille, et rejetés vers la rue.

Quels droits de l'enfant au regard de la protection de la société ? Quel est ce système mixte qui doit à la fois contenir une part de justice et une part d'assistance et de protection. Comment faire pour responsabiliser tant les parents que les enfants ? Comment assurer une responsabilité sociale globale dans un système qui devient de plus en plus déjudiciarisé? En ce qui concerne cette problématique de l'équilibre entre les droits de l'enfant et la protection de la société, on a souligné que l'intérêt de l'enfant est un espace à la fois juridique et psychologique qui permet justement de concilier différents points vus en faveur de l'amélioration du sort des enfants. C'est une notion qui peut paraître floue, mais qui a le mérite de permettre un débat centré autour de l'enfant et de son développement le meilleur.

Rapport du deuxième groupe

Cet atelier s'est penché tout particulièrement sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et des problèmes d'interprétation que celle-ci peut poser. Les remarques suivantes ont été faites à ce sujet:

- Il semble y avoir une différence qualitative entre l'anglais "best interests of the child" et le français "intérêt supérieur de l'enfant";
- La question du droit de l'enfant (où l'enfant peut s'exprimer personnellement) et la notion l'intérêt (où l'enfant est représenté par quelqu'un);
- La Convention semble contrebalancer la notion d'intérêt supérieur de l'enfant avec le rôle des parents comme guide de l'enfant;
- L'intérêt supérieur n'a jamais été défini en termes clairs et il faudrait pouvoir établir de critères objectifs pour le circonscrire (le droit à la santé ou à l'éducation...);
- Il existe des conflits d'intérêts entre ceux de l'enfant, de la famille, des autorités scolaires, sociales, judiciaires, etc. qui peuvent avoir comme résultat l'exploitation des enfants au travail dans "l'intérêt" de la famille.

Certaines propositions ont été faites pour l'établissement de critères pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant:

- Considérer l'enfant comme sujet de droit, comme une personne distincte ayant des besoins, une identité une culture, une origine...;
- Tenir compte de la capacité de discernement de l'enfant;
- Dans le cadre du tribunal, faire la distinction entre les enfants coupables d'une infraction et ceux qui sont victimes d'abus ou qui doivent témoigner dans une cause de divorce;
- Etablir un moyen par lequel le Comité des droits de l'enfant pourrait recevoir des plaintes individuelles d'enfants et développer ainsi une jurisprudence.

Le rôle des médias a été abordé pour dire qu'il peut être négatif (dans la fabrication des préjugés raciaux, par exemple) et positif (pour transmettre la parole des enfants eux-mêmes).

Rapport du troisième groupe

L'atelier s'est ouvert sur la question suivante:

Que pouvons-nous faire devant cette montée de la violence, de la délinquance, des dispositions internationales qui nous imposent beaucoup de mesures, pas d'incarcération ou le moins possible, et face à une société qui est de plus en plus demanderesse de sanctions ?

On a soulevé les problèmes reliés à l'application de la Convention et à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

1. L'application de la Convention

Celle-ci peut relever de l'autorité étatique comme elle peut faire intervenir d'autres institutions.

Un problème fondamental se pose quand un État partie décide que son droit interne prévaudra sur l'instrument international. La Convention perd alors tout son poids.

Dans l'application de la Convention qui ne relève pas des autorités étatiques, les trois difficultés suivantes ont été identifiées:

1.1. Les difficultés financières

Il est bien évident que pour mettre en oeuvre les principes de la Convention, il faut de l'argent. Les pays en voie de développement ne peuvent souvent pas dégager des ressources financières pour créer des établissements ou former des éducateurs.

Ces difficultés sont même de plus en plus présentes dans les pays occidentaux. Il est bien évident que d'une part, vous avez dans chaque Etat des ministères qui protègent les enfants, qui veulent leur bien-être, qui sont des forces de propositions et de l'autre, vous avez un ministère du budget qui demande combien ça coûtera.

1.2. Les difficultés de dimension culturelle

En ce qui concerne la difficulté culturelle, le problème de l'excision a été évoqué, mais d'autres problèmes culturels empêchent aussi l'application de la Convention.

Selon la Convention, l'enfant a le droit de s'exprimer, d'exprimer son opinion à l'école et dans sa famille. Mais dans certaines cultures, c'est la famille qui décide pour l'enfant. Dans ces conditions, il est très difficile de faire avancer l'esprit de la Convention.

1.3. Les difficultés qui relèvent de faits sociaux

En ce qui concerne les problèmes de fait de société, nous en avons pointés deux.

- a) Le difficile équilibre entre le mineur délinquant, volant et dérangeant face à une société qui demande qu'il soit mis dans l'incapacité de continuer à nuire ou à déranger alors que les instruments internationaux demandent qu'il ne soit pas incarcéré.
- b) La question des enfants dans les conflits armés.

Dans les deux cas, les adultes utilisent des enfants à leur propre fin: en les entraînant dans la guerre ou la délinquance. Le mineur risque moins qu'un adulte et c'est beaucoup plus pratique de le faire agir à sa place.

Propositions d'amélioration

L'école est le premier lieu de l'application de la Convention. Il faut commencer par éduquer les enfants, leur apprendre qu'ils ont des droits. L'école reste le premier véhicule de cette information, véhicule qui peut remonter vers les parents. La Convention n'a d'ailleurs jamais dit que les enfants n'avaient pas de devoirs.

Il y a eu une proposition à l'effet que des groupes de travail soient constitués entre les ONG d'une part et l'État d'autre part. Les ONG sont une force de propositions intéressante qui pourraient bénéficier et jouir de pouvoir auprès des États. Par les ONG, dans les différents États, on peut arriver à obliger les États à prendre conscience de leurs obligations de respecter leurs signatures et leurs décisions.

En ce qui concerne les conflits de culture et de société, on a remarqué qu'il faut que les individus se prennent en charge et acceptent de véhiculer l'esprit de la Convention.

Il a été proposé aussi de créer des organes de formation ou des comités paritaires interministériels dans certains États. Cela concerne surtout les États africains qui devraient pouvoir servir de relais et de pivots entre l'État d'une part et la population d'autre part. Rentrer dans la population, dans les familles, expliquer pourquoi la Convention n'est pas contraire à leur culture, comment les deux peuvent être alliées. On a proposé la formation d'un comité d'étude qui aurait pour fonction d'examiner:

1. les comportements culturels
2. l'esprit de la Convention
3. de faire des propositions cohérentes et pratiques qui permettent d'allier les deux sans choquer l'un et l'autre en appliquant l'esprit de la Convention.

2. L'intérêt supérieur de l'enfant

On a remarqué à quel point cet intérêt supérieur de l'enfant était difficile à définir. Trois problèmes ont été abordés:

2.1. Le droit à connaître ses origines

Tout enfant a droit à connaître ses origines. On a posé la question de savoir quel était le meilleur moment pour un enfant de faire la recherche de ses origines. Est-ce au moment de l'adolescence (fragile, potentiellement instable) ou au moment où l'enfant devient adulte (stabilisé) ?

2.2 La question des mariages précoces

Les filles qui sont mariées de force à un jeune âge se trouvent confrontées à plusieurs problèmes. Elles se trouvent entre deux cultures : la culture de sa famille et celle du pays dans lequel elle est née, le plus souvent là où elle vit où elle pense qu'elle va faire sa vie. Si nous prenons des décisions de protection dans l'intérêt de l'enfant, nous allons nous opposer à ce mariage et nous constaterons que nous allons la couper de sa famille. A long terme, quel est donc l'intérêt de l'enfant ? Où est il?

2.3 Les enfants du divorce

Est-ce dans l'intérêt de l'enfant d'être complètement séparé d'un père soupçonné d'abus? Où se situe l'intérêt de l'enfant, dans le temps présent ou sur la durée?

Améliorations proposées

Il faudrait essayer de définir l'intérêt de l'enfant non pas par rapport à la Convention, mais par rapport à l'ensemble des instruments internationaux qui traitent de cette question et de ce problème.

On suggère aux magistrats lorsqu'ils ont à statuer sur les droits de l'enfant, de poser le problème en trois phases:

1. Entendre l'enfant d'une part, ses parents d'autre part, et peut être un frère, une sœur, le cercle familial restreint.
2. Entendre tous les travailleurs sociaux qui connaissent la famille.
3. Tenir compte du contexte ethnique, religieux et culturel de la famille.

Synthèse finale

Alenka Selih

Criminologue, Université de Ljubljana, Slovénie

Directrice du séminaire

Le séminaire a été organisé autour de deux thèmes de la Convention relative aux droits de l'enfant: **l'intérêt supérieur de l'enfant et la triade enfant - parent(s) - état**

L'apport des trois ateliers peut être résumé comme suit.

1. La notion de l'intérêt supérieur

1.1. La relativité de la notion

Elle dépend de beaucoup de facteurs - des conditions économiques, de la culture, de l'opinion publique, de la mentalité du corps social et d'autres. Dans ce cadre, on a souligné que, en ce qui concerne les cultures, les différences commencent à se montrer au niveau des moyens qui sont disponibles dans les pays pauvres ou dans les pays riches. L'ambiguïté du terme "l'intérêt supérieur" s'est exprimée même dans la traduction de "best interest" en anglais. Nous avons trouvé que l'expression "le meilleur intérêt" correspondait mieux au "best interest" alors que l'expression "l'intérêt supérieur" demande une comparaison avec un autre intérêt.

1.2. Les critères de l'intérêt supérieur

Ils ne sont pas élaborés, leur élaboration doit prendre en considération les conditions très différentes et variées des sociétés et des États du monde entier. Il faut y prendre en considération aussi l'évolution de l'enfant et préciser les critères différenciés pour les enfants d'âges différents.

1.3. L'intérêt de l'enfant et le droit de l'enfant

Ce sont deux notions pas toujours conciliables. Être avocat d'enfant ou de son intérêt n'est pas la même chose. Il faut souligner aussi qu'un droit a toujours pour corollaire un devoir. Parler des droits des enfants veut aussi dire parler de leurs devoirs. Pourtant, dans la Convention, il y a des droits sans devoirs, droits absolus (le droit à la vie, la liberté de pensée). Aussi, faut-il souligner qu'il existe des droits dont le corollaire est une obligation légale de la part du même sujet: le droit à l'éducation versus la scolarité obligatoire. Dans cette perspective, finalement, même si la Convention se tait sur les devoirs des enfants, il faut les prendre en considération, mais en tenant compte des devoirs des adultes et des États.

1.4. La détention préventive

Un des ateliers a retenu ce thème concret. On était d'accord que cette mesure devait être exceptionnelle, ordonnée en tenant compte de toutes les garanties de procédure à l'égard des mineurs. Le grand problème c'est la détention exercée par la police - une situation qui demeure non-transparente et sans trace dans le casier. Dans ce domaine, l'apport des ONG serait très apprécié. On a proposé que la Convention suggère que les États parties fixent une durée maximale pour cette mesure.

2. La triade enfant-parent(s)-État

Ici, les ateliers ont abordé des problèmes très nombreux et très variés. Il sera difficile de la énumérer tous. Nous allons essayer de la présenter dans le cadre de cette "triade".

2.1. L'enfant

2.1.1. L'enfant dans le tribunal

L'importance d'informer les enfants sur leurs droits a été mise en évidence. Le texte de la Convention devrait être mis à la disposition des enfants dans une forme attractive et accessible. Les enfants méritent le même respect (dans la société et dans les tribunaux) que les adultes. La protection des droits des enfants a été considérée comme un des piliers de la constitution des enfants comme sujets de droit. Les points suivants ont été mentionnés:

- il faut diviser les problèmes du champ civil et du champ pénal;
- on doit différencier les enfants délinquants et les enfants victimes;
- la grande importance de la représentation légale des enfants, surtout s'il y a un conflit d'intérêt entre l'enfant et ses parents a été soulignée;
- l'importance du droit de l'enfant d'être entendu est primordiale;
- on a accepté la possibilité pour l'enfant de saisir la justice lui-même par intermédiaire d'une assistance professionnelle quand nécessaire. Ici aussi, il existe un champ pour l'engagement des ONG.

Dans le processus de prendre l'enfant en considération comme un sujet de droit, il ne faut pas retomber dans la situation de la fin du 19e siècle quand l'enfant était - surtout en droit pénal - un "adulte en miniature".

2.1.2. L'enfant comme groupe social

Une importance accrue a été attribuée aux manières dont la société promeut les droits de l'enfant. C'est ce processus qui donne aux enfants l'opportunité d'apprendre à respecter les droits d'autrui et de grandir dans la citoyenneté.

Dans ce cadre, la prévention des violations des droits des enfants gagne toute son importance: l'éducation, la diffusion des informations, le rôle des médias sont autant d'exemples d'activités nécessaires à réaliser pour que la Convention, une fois ratifiée par un état, soit mise en application. Le rôle des médias n'est pas seulement la diffusion des informations, avec son pouvoir omniprésent dans les sociétés moderne, les média sont aussi des formateurs des jeunes, de leurs valeurs et de leurs attitudes dans la vie. Il est donc très important que les médias soient orientés vers la promotion des valeurs humaines et démocratiques de la société moderne pluriculturelle.

Les discriminations de base de différence de sexe, toujours fréquentes, doivent être écartées, les besoins spéciaux des groupes d'enfants (par exemple ceux du milieu rural et du milieu urbain) pris en considération.

Dans la prévention ou élimination des formes de comportement particulièrement nuisibles chez l'enfant - mariages arrangés, travail des enfants, prostitution, courses aux chameaux - il faut changer la situation sociale pas à pas dans plusieurs directions: économie, culture, changement de la mentalité, etc. Dans cet esprit, il faudrait promouvoir la solidarité des jeunes du monde. On pourrait penser à un mouvement mondial des "amis des enfants".

2.2. Les parents

En ce qui concerne la famille, beaucoup a déjà été dit dans le point concernant l'enfant. La famille reste la cellule la plus importante pour la socialisation de l'enfant, il faut donc la soutenir et l'aider à réaliser les tâches qui lui incombent. Promouvoir et soutenir la famille et ses droits signifie en même temps promouvoir les droits des enfants.

2.3. L'Etat

Dans le domaine de sauvegarde des enfants, l'État est titulaire de très grandes obligations qu'il doit parfois assurer grâce au soutien extérieur: l'assurance des conditions économiques et matérielles adéquates; l'assurance des conditions de santé, d'éducation; ou le devoir de faire tout ce qui est possible afin de prévenir les violations des droits des enfants. Cela peut se faire sous forme d'aide économique, d'échange de savoirs, d'expertise ou d'autres formes d'aide. Pourtant, ce soutien ne doit pas se transformer en une sorte "d'impérialisme culturel".

2.4. La place du juge

Dans la triade enfant - parent(s) - état, le juge est souvent appelé à trancher les problèmes. Il n'est pas seul: il faut qu'il travaille avec le milieu de l'enfant - sa famille, son école, sa communauté. En principe, il peut le faire par des intermédiaires dans la forme des services spécialisés ou bien avec les ONG.

2.5. La recherche

Le domaine des droits de l'enfant étant un domaine de recherche récent, il faut mener les projets dans des directions diverses. Les analyses de cas sont aussi importantes que les projets comparatifs. Les recherches doivent être menées en respectant les cultures traditionnelles dans les différents pays.

3. Propositions formulées

A la suite des débats menés dans les ateliers, les propositions suivantes ont été formulées:

- Étudier la possibilité que le Comité des droits de l'enfant puisse statuer sur des plaintes individuelles de violations des droits de l'enfant.
- Faire appel aux ONG afin qu'elles s'engagent dans la représentation légale des enfants devant les tribunaux.
- Exécuter une analyse comparative des rapports des pays soumis au Comité des droits de l'enfant de l'ONU.
- Lancer un appel aux ONG internationales et nationales pour promouvoir la solidarité des jeunes dans le monde vis-à-vis de la Convention.