

L'INTÉRÊT SUPERIEUR DE L'ENFANT

JEAN ZERMATTEN

PARIS VIII (MARS - MAI 2005)



Plan du Cours

1. INTRODUCTION

- 1.1 Développement de l'intérêt **pour** l'enfant au XXe siècle
- 1.2 Evolution de l'intérêt pour l'enfant à **l'intérêt de l'enfant**

2. NOTION ET ANALYSE LITTERALE

- 2.1 Généralités
- 2.2 Analyse littérale
- 2.3 La CDE et les autres articles relatifs à l'intérêt supérieur de l'enfant
- 2.4 Le bien de l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant

3. FONCTIONS DE L'INSTRUMENT JURIDIQUE

- 3.1 Fonctions
- 3.2 Caractéristiques
- 3.3 Tentatives d'objectivation de la notion
- 3.4 Vers une définition

4. L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT, CONTENU POLITIQUE

- 4.1 Généralités
- 4.2 La participation / les structures
- 4.3 La promotion / les stratégies
 - A. Faire connaître le statut de l'enfant
 - B. Coordonner l'action
 - C. Mettre ne place une politique pour les enfants
 - D. Donner des moyens financiers

6. CONCLUSION

1. INTRODUCTION

Aujourd'hui, l'enfant est au centre de toutes nos préoccupations et sa place dans la société n'est pas contestée. Cela ne signifie pas, hélas, que l'enfant reçoive toute la protection qui lui est due, ni qu'il ne soit pas maltraité. Ce que je veux dire par là, c'est qu'il **existe en tant qu'enfant** et que, dans nos sociétés occidentales en tous les cas, mais dans beaucoup de cultures aussi, il est un être qui représente une bonne partie de nos espérances, de nos nostalgies, de nos craintes, il focalise tout à la fois les sentiments d'amour (l'amour filial) et de peur (pour son avenir), car il s'agit d'un être vulnérable et précaire, pas encore complètement accompli, mais pour lequel nous fondons déjà tant d'attentes et en qui, souvent, nous projetons nos propres rêves ou à travers qui nous rêvons de nous accomplir...

Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi et l'on peut dire que l'intérêt que l'on porte à l'enfant est une notion plutôt moderne, née aux XVIIe et XVIIIe siècles, lorsque l'on a commencé à sortir des grandes famines et de la mortalité infantile sévère qui régnaient pour considérer que l'enfant n'était pas seulement un risque ou une charge, mais constituait ou pouvait constituer aussi une source d'espérance. Toute l'Antiquité et le Moyen-Age ont plutôt été des époques maltraitantes pour le petit de l'homme, qui n'était pas considéré autrement qu'un adulte miniature, c'est-à-dire un être non accompli, faible et débile.

1.1 Développement de l'intérêt **pour** l'enfant au XXe siècle

Le XXe siècle a été un siècle d'affirmation progressive de la nouvelle place de l'enfant dans la société et si l'on considère les événements historiques qui ont jalonné

l'histoire de l'enfance, on se rend compte que l'on s'est de plus en plus préoccupé de l'enfant comme personne digne d'intérêt, au point que l'on a orienté les politiques d'éducation, de soins, voire économiques (et de marketing) vers l'enfant et ses besoins, jusqu'à précéder ses désirs.

Pensons ici à quelques événements historiques du XXème siècle qui illustrent cet intérêt ^{1, 2}:

1903 : le premier ours en peluche, Teddy Bear

1907 : début du scoutisme (Baden Powell)

1912 : Bébé Cadum fait son entrée dans la pub

1921 : première vaccination d'un enfant en France (tuberculose)

1937 : Blanche Neige : 1er long métrage pour les enfants

1959 : 1ère couche-culotte : révolution pour l'hygiène et le confort des enfants

1978 : 1ère naissance "médicale ou in vitro" (Louise Brown)

1979 : 1er parlement des enfants (Schiltigen)

1.2 De l'intérêt pour l'enfant à l'intérêt supérieur de l'enfant

¹ Sources : Journal La Croix, 2 avril 1996

² Voir également : Les grands Evénements de l'Histoire des Enfants, Larousse, 1995

Cette évolution événementielle se traduit aussi par une évolution du droit et par le développement durant ce même XXe siècle de nouveaux instruments juridiques :

1924 : la déclaration dite de Genève

1948 : la Déclaration des droits de l'Homme

1959 : la Déclaration des Droits de l'Enfant

1989 : la CONVENTION des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

Pour ne pas allonger, mais il y aurait une très intéressante étude historique à faire pour mettre en parallèle les événements survenus durant le XXème siècle et le développement des instruments juridiques consacrés aux enfants. Disons que l'apogée de cet intérêt pour l'enfant débouche sur la position toute nouvelle de l'enfant, consacrée par la Convention qui place l'enfant dans la posture d'un objet de protection en même temps qu'un sujet de droit. C'est cette position de sujet de droit qui va obliger à une modification importante dans les mentalités et dans les lois nationales et les instruments internationaux.

Ce nouveau statut, qui ne va pas de soi et qui est, à mon point de vue **révolutionnaire**, puisqu'il opère une véritable révolution dans la manière de considérer l'enfant et qu'il entraîne une modification importante des dispositifs législatifs en place, dans la plupart des Etats, justifie également l'introduction d'un nouveau concept juridique : **"l'intérêt de l'enfant"**.

On est passé de l'intérêt pour l'enfant à la nécessité d'inventer un instrument de mesure que l'on appelle l'intérêt de l'enfant .

Jusqu'alors, dans les codifications modernes, disons depuis la fin du XIXe siècle, les textes juridiques relatifs aux enfants étaient surtout des textes à visée de protection : dans notre pays, en Suisse, on l'a d'abord protégé contre le travail ³ et ce n'est que tout récemment que l'on a pensé à le protéger contre d'autres formes d'abus ou qu'on lui a donné le statut de victime ⁴. Pour arriver à parler d'une notion comme le bien de l'enfant, il a fallu attendre la révision du droit de la filiation au début des années septante ⁵ pour voir introduire, relativement à l'adoption, la nécessité que "...l'établissement d'un lien de filiation serve au bien de l'enfant..." ⁶, alors que jusqu'alors il suffisait que l'on s'assure que "...l'adoption ne lui était pas préjudiciable..". La nuance est de taille : d'une définition négative : ne pas nuire, l'on est arrivée à une prescription positive : s'assurer du bien de l'enfant.

Toujours en Suisse, ce n'est que par la réforme du droit du divorce que la prise en compte de la nouvelle position de l'enfant est entrée dans la loi suisse, avec la consécration de la nécessité d'entendre la parole de l'enfant ^{7 8} et du principe du bien de l'enfant ⁹. Je pense que l'on pourrait suivre, pour d'autres pays, probablement la même évolution.

On peut donc dire que l'évolution de la loi a suivi l'évolution des mœurs et s'est adaptée au concept de "l'enfant nouveau" tel qu'il est défini par la Convention et tel qu'il est reconnu au niveau universel.

³ Loi fédérale sur le travail dans les fabriques, 01.04.1918

⁴ Ainsi par l'introduction de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) du 4 octobre 1991

⁵ Loi fédérale du 25 juin 1976 révisant le droit de la filiation

⁶ CCS, art 264

⁷ Loi fédérale du 26 juin 1998 révisant le droit du divorce

⁸ CCS, art. 133 al. 2 et 144 al.2

⁹ CCS, art 133 al. 3

S'agissant du concept lui-même de l'intérêt de l'enfant, "**l'intérêt supérieur de l'enfant**" est une locution qui est rentrée dans l'histoire juridique de l'humanité de manière très récente, d'abord sous la notion de "bien de l'enfant", puis dans sa forme actuelle de "l'intérêt supérieur de l'enfant" par la consécration que lui a donné la CDE à l'art. 3. C'est donc un concept juridique très moderne, qui n'a guère fait l'objet d'études de manière globale, car le contenu reste assez flou et les fonctions sont multiples. Il est dès lors plus examiné par rapport à tel point précis ou expliqué par la jurisprudence que véritablement expliqué de manière systématique. Abstrait, il doit "...permettre au droit de s'adapter aux exigences concrètes de la vie..."¹⁰

Dans cette étude, je vais examiner l'intérêt supérieur de l'enfant en 4 parties:

1. L'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il est défini par la Convention, la notion et ce que j'appelle l'analyse littérale.
2. L'intérêt de l'enfant et ses fonctions dans le contexte des relations entre les individus.
3. L'intérêt de l'enfant, le contenu programmatore et la perspective politique.
4. L'intérêt de l'enfant, la portée philosophique.

¹⁰ PICHONNAZ P., Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées), in Le Bien de l'enfant, Verlag Ruedger, Zürich/Chur, 2003, p. 163

2. L'intérêt supérieur de l'enfant, tel que défini par la CDE

2.1 Généralités

Il y a, dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, quelques articles fondamentaux qui fixent des principes, incontournables, primordiaux et qui régissent l'application de toute la Convention. On indique en général que les articles 1 (définition de l'enfant au sens de la CDE), 2 (non-discrimination ou ce je nomme principe de l'égalité), 3 (l'intérêt supérieur de l'enfant, objet de ce cours), 4 (allocation des ressources aux enfants) et 5 (la question des parents) de la CDE sont des principes généraux ; je préfère dire que ce sont des articles "umbrella", c'est-à-dire qu'ils couvrent toutes les autres dispositions. Il faut encore ajouter l'article 12 qui est la reconnaissance du droit à la parole de l'enfant. La difficulté à caractériser ces articles, c'est que certains sont des droits subjectifs (non-discrimination, droit à la parole) et d'autres sont des dispositions d'application (art 1 : définition de qui est justiciable de la CDE, art 3 : indication de l'obligation d'examiner l'intérêt de l'enfant, art 4 : nécessité d'allouer des fonds pour rendre les droits des enfants du monde effectifs, art. 5 : définition des relations parents-enfants dans l'exercice des droits). Néanmoins, ces droits sont comme les clés qui font marcher le mécanisme d'application de la CDE ; sans ces articles, la serrure ne tourne pas...

Dans le cadre de cette présentation, je ne renie pas cette conception globale des "umbrella provisions", comme on dit en anglais, mais j'aimerais surtout mettre en évidence et en relation trois articles qui me semblent à la fois fonder et **justifier la notion d'enfant sujet de droit** et ne pas

pouvoir se lire (ni se comprendre) sans être toujours liés les uns aux autres. Je veux parler de l'article 2 (non discrimination ou principe d'égalité entre les enfants), l'article 3 (l'intérêt supérieur de l'enfant), l'article 12 (l'audition / la parole de l'enfant). Ces dispositions sont comme des pivots autour desquels s'articulent tous les droits énoncés par les autres articles du texte.

En effet, on ne peut envisager n'importe quel droit de la Convention que si tous les enfants indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique... peuvent en jouir. On ne peut introduire, pour établir la mesure selon laquelle ce droit doit être appliqué, que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Et on ne peut prévoir, pour connaître l'avis de l'enfant, d'autre formule que de l'entendre lui-même, dès qu'il est capable de discernement.

On comprend donc bien que sans ces dispositions charnières, la Convention n'aurait pas d'efficacité, risquerait d'être discriminante et n'offrirait qu'une énumération vaine de droits, comme une liste de prétentions, sans se donner les moyens de l'application.

Nous nous intéressons aujourd'hui à l'une de ces trois serrures qui permettent d'introduire la clé pour faire tourner le mécanisme d'application de la CDE; néanmoins, cet article, s'il fait l'objet d'un examen pour lui, doit toujours être compris comme étant rattaché aux deux autres articles précités (2 et 12).

L'article 3 ch.1 CDE fonde le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant:

"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des

organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale."

2.2 Analyse littérale

Cette disposition, si on l'analyse dans son ensemble, ne donne aucune explication particulière sur la manière de l'appliquer, ne fixe aucun devoir particulier, ni n'énonce de règles précises. Elle pose un principe ¹¹:

"L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale."

Essayons d'y voir un peu plus clair, en analysant les éléments de cet article.

"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants".

Dans ce membre de phrase, on note tout d'abord l'utilisation du pluriel (children) qu'on peut opposer au singulier "...interests of the child". Du point de vue grammatical, il est clair que le législateur a voulu que dans les interventions qui touchent tous les enfants, on applique systématiquement le critère général de l'intérêt de l'enfant comme unité d'appréciation de la décision à prononcer. L'emploi du singulier aurait été plus restrictif.

"Dans toutes les décisions " est aussi un concept très général qui définit, à notre avis, toutes les interventions faites à l'égard des enfants. On note ici une légère divergence entre la version française (dans toutes les décisions) et la version anglaise (official actions), le qualificatif anglais "official" a le mérite de clarifier la portée de l'intervention: elle doit venir d'une autorité (judiciaire, administrative, législative) et non d'une autorité privée (parents). L'article 3 entend-il donc ne pas interférer dans

¹¹ Verschraegen B., Die Kinderrechtskonvention, Manz Verlag Wien, 1996, p.5

la sphère parentale (les décisions familiales) par l'obligation de l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ? On peut se poser légitimement la question si cette rédaction est opportune, car il nous semble que dans les interventions familiales, le même principe devrait intervenir comme moyen de mesurer la décision. De notre avis, le législateur, par respect pour le principe établi à l'article 5 CDE, n'a pas voulu entrer dans la sphère familiale pour souligner la responsabilité des parents; et conserver à ce grand principe général ses chances d'être admis pas tous. Mais ceci n'exclut absolument pas l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les situations domestiques, cela devrait aller de soi. On comprendrait mal, en effet, que seules les autorités soient tenues par le principe, alors que les familles n'y seraient pas obligées ; le principe général s'applique et couvre les situations particulières. La réponse à cette interrogation se trouve d'ailleurs certainement dans l'article 18 ch. 1 CDE qui impose comme "guide" pour élever l'enfant et assurer son développement harmonieux, de suivre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ¹². Il est clair cependant que le secteur privé ne tombe pas sous le coup de l'obligation légale, puisque l'Etat en principe ne se mêle pas de ce qui se passe dans le cadre strict familial et qu'il n'y pas de possibilités, sauf dispositions d'application spéciales prévues par la législation nationale¹³.

"qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs":

on comprend bien ici que les autorités judiciaires et administratives doivent, dans toutes leurs décisions, appliquer ce principe. C'est le critère auquel elles doivent soumettre les cas qui appellent leurs décisions. Ce

¹² DOEK J.E., Social-Political aspects of a child's best interests, in *Le Bien de l'enfant*, op. cité, p. 303.

¹³ à notre connaissance, aucun Etat n'a pris de dispositions dans ce sens

membre de phrase fonde donc une obligation ¹⁴ pour les Etats d'examiner, dans toutes les décisions à rendre relativement à un enfant, si son intérêt supérieur est garanti ; c'est, sinon un droit attribué de manière subjective, à tout le moins une garantie offerte aux enfants.

Ce qui est très intéressant dans ce membre de phrase est, par rapport au projet de texte de 1981 ¹⁵, que l'on ait rajouté le terme "organes législatifs". Cette petite adjonction a une importance capitale: cela signifie que, lorsqu'il établit une loi, l'Etat national, régional, cantonal, municipal, doit vérifier que les enfants (the children) sont pris en compte et que leur intérêt supérieur est préservé. C'est donc par ces deux petits mots (*organes législatifs*), que toute la dimension politique ou macro-sociétale, s'introduit dans la convention. L'intérêt supérieur de l'enfant prend une fonction nouvelle: servir à établir, dans un programme législatif, ce qui est bon pour l'enfant et ce qui ne l'est pas. L'intérêt supérieur de l'enfant vient éclairer le politique ! N'est-ce pas là aussi une révolution ?

" des institutions publiques ou privées de protection sociale " signifie la volonté du législateur de soumettre tout le secteur de l'intervention en faveur de l'enfance, à l'obligation de respecter ce principe. Si la question n'est pas véritablement posée pour les organes étatiques (les services officiels de protection de l'enfance, les institutions d'Etat, mais aussi l'école et les services sanitaires), par contre la précision d'une application au secteur privé n'est pas inutile. On sait l'importance historique des organisations privées dans l'aide à l'enfance; on connaît les services que rendent d'innombrables associations, fondations, ONG dans la prise en charge des enfants (nutrition, scolarité, soins, ré-insertion); mais on sait aussi

¹⁴ FLAMMER A., Wer weiss dann, wann das Kind (ganzheitlich) wohl ist ?, in Le Bien de l'enfant, op.cité, p. 45 ss.

¹⁵ Cité par Philip ALSTON, The best interests principle: towards a reconciliation culture and human rights, in Philip ALSTON, The best interest of the Child, Clarendon Press Oxford, 1944, p.10

que certains mouvements professent des idéologies de type sectaire, utilisent des enfants à des fins préjudiciables à leurs droits et à leurs intérêts. Il paraît donc nécessaire de soumettre également tout le secteur privé à ce principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

"l'intérêt supérieur": soulignons d'abord le singulier de cette locution, alors que la version anglaise utilise le pluriel (interests). Cette locution est utilisée, à notre avis, comme une expression générale rattachée à la notion de "intérêt de l'enfant". Faut-il accorder une importance particulière au qualificatif "supérieur" (best) ? Certaines critiques ont été bâties sur l'utilisation de ce superlatif, arguant que "l'intérêt supérieur" (the best interests) signifiait qu'en toutes circonstances, l'intérêt de l'enfant devait primer, car "meilleur" (ou "supérieur" selon la traduction française) sur tout autre intérêt. Dans une interprétation aussi littérale, on ferait de l'enfant un être d'exception qui, dès le moment où il se trouverait en interférence avec d'autres personnes non enfant ou d'autres corps sociaux, aurait forcément toujours raison ¹⁶. Cette position est insoutenable car si on met une fois encore l'art. 3 ch.1 en relation avec l'art. 5 par exemple, on comprend bien que l'enfant n'est pas une personne individualisée à l'extrême, mais reste une personne membre de sa famille et membre de la communauté, pour ne pas dire déjà citoyen, en tous les cas futur citoyen, donc partie intégrante de l'Etat.

"Intérêt " et "supérieur" mis ensemble veulent simplement signifier que ce qui doit être visé est le "bien-être" de l'enfant, tel que défini à plusieurs reprises dans la Convention, notamment dans le préambule ¹⁷ et au chiffre 2 de l'article 3 CDE. On peut d'ailleurs lire les chiffres 2 et 3 de l'article 3 CDE comme fournissant l'explication du best interest puisque:

¹⁶ THERY I., Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique ? in Esprit, mars-avril 1994

¹⁷ Voir Préambule CDE, paragraphes 5 et 10, notamment

ch.2: Les Etats doivent prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à assurer protection et soins nécessaires au bien-être de l'enfant, dans le respect de la famille.

ch.3: Les Etats doivent veiller au bon fonctionnement des services et institutions qui reçoivent ou prennent en charge des enfants.

"doit être une considération primordiale". Cette notion générale d'intérêt supérieur ne suffit pas à elle toute seule; elle doit encore être imposée comme règle du critère d'application. C'est l'objectif de ce membre de phrase: accorder à l'intérêt supérieur de l'enfant valeur d'une considération primordiale.

Que signifie cette expression? Si on fait à nouveau une analyse littérale, on se rend compte que la législation parle de "une considération générale" (a primary consideration) et non pas "la considération primordiale" . Tout est dans la nuance!

Cette nuance, en effet, signifie que dans la situation casuelle où l'autorité (judiciaire, administrative, politique) entend prendre une décision, elle doit accorder une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais cet intérêt ne va pas l'emporter systématiquement sur tous les autres intérêts (des parents, des autres enfants, des adultes, de l'Etat).

Cet article **"une"** utilisé en place de **"la"** affaiblit-il le principe?

A notre avis non, mais il lui donne sa juste place, puisqu'il établit l'obligation de considérer dans toutes décisions officielles l'intérêt supérieur de l'enfant; ce n'est pas un choix, mais c'est une obligation que d'examiner ce principe.

Ensuite, ce critère entre en compétition avec d'autres critères qui ont aussi une valeur. C'est la mise en présence de plusieurs intérêts qui amène l'élément enfant à entrer en considération et à devenir un des critères dans la pesée d'intérêts éventuellement divergents..

Le fait de ne pas donner systématiquement raison à l'enfant est facteur d'équilibre. Il ne serait pas souhaitable que l'intérêt de l'enfant soit supérieur à tout autre intérêt et l'emporte systématiquement. Cela fonderait la république des enfants, non au sens où Korczak l'entendait, mais au sens où l'enfant serait mis sur un piédestal, pour reprendre une image ¹⁸. Une telle position irait à fin contraire de la protection due aux enfants et provoquerait irrémédiablement la disparition des droits de l'enfant.

2.3 L'intérêt de l'enfant et les autres articles de la CDE

L'intérêt supérieur de l'enfant est donc promulgué par l'art.3 ch.1. Cette expression est cependant reprise dans un certain nombre d'articles de la Convention, comme référence à prendre en compte pour des situations particulières. On le trouve ainsi aux articles suivants :

-art.9.

L'article 9 fixe le principe selon lequel l'enfant a le droit de vivre avec ses parents. Ceci apparaît comme un principe très important pour l'enfant lui-même, comme pour la famille.

Au ch.1 de cet article, la CDE admet qu'une séparation de l'enfant de ses parents est possible, moyennant une décision officielle et pour autant que cette décision soit dans le **respect de l'intérêt supérieur de**

¹⁸ FINKIELKRAUT A., La nouvelle statue de Pavel Morozov, in Le Monde, 09.01.1990

l'enfant. On pense ici aux situations où l'enfant est victime de sa famille (abus en tous genres, maltraitance active) ou lorsqu'il est livré à lui-même (maltraitance passive).

De même *au chiffre 3 du même article*, on pose le principe que l'enfant doit entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est **contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant**. On fait référence ici à des situations de conflit ouvert de l'enfant avec l'un de ses parents (parfois les deux) ou aux situations identiques à celles décrites pour le ch. 1 (relations contre-indiquées avec le ou les parents)

-art.18.

L'article 18 établit le principe selon lequel les deux parents doivent être impliqués dans l'éducation des enfants ; c'est ce qu'on appelle la responsabilité commune de l'éducation..

Au chiffre 1 de cette disposition, dernière phrase : c'est **l'intérêt supérieur de l'enfant** qui doit guider cette responsabilité commune.

-art.20.

L'article prévoit que l'enfant qui est privé de son milieu à droit à une protection et à une aide spéciales de l'Etat, notamment une solution de remplacement (adoption, placement ou kafalah).

Au chiffre 1, il est fait état de l'enfant qui, *dans son propre intérêt*, ne peut être laissé dans son milieu familial et qui doit alors recevoir cette aide de l'Etat. On ne parle pas ici d'intérêt supérieur, mais d'intérêt de l'enfant tout court.

-art.21.

L'article 21 de la CDE prévoit les situations où l'enfant, privé de son milieu familial, est soumis à la situation de remplacement de l'adoption (nationale ou internationale) Dans ces cas là, l'Etat doit lui fournir une aide et une protection spéciales et doivent veiller à respecter les procédures mises en places pour donner à cette mesure toute sa portée, notamment éviter les abus.

Au chiffre 1, il est clairement indiqué que lors de toute la procédure d'adoption (choix des parents confiant l'enfant à l'adoption, choix des parents adoptant, recours aux intermédiaires etc...), ce soit **l'intérêt supérieur de l'enfant** qui prime et qui détermine la meilleure solution à prendre.

-art.37.

L'article 37 traite des principes généraux qui devraient présider à l'administration de la justice des mineurs, notamment de l'exclusion de la torture, des peines ou traitements inhumains et de l'interdiction de la peine capitale. Mais, cet article fixe aussi des règles de procédure minimales à respecter par les instances judiciaires, si possible spécialisées, des mineurs.

A la littera c, on impose que l'enfant soit traité avec humanité et que, si l'enfant est privé de liberté, il soit séparé des adultes, sauf si le contraire s'avérait préférable **dans l'intérêt supérieur de l'enfant** ; on pense ici au cas où l'enfant est incarcéré avec l'un de ses parents ou à la mère qui accouche alors qu'elle est détenue.

-art.40.

L'article 40 est la suite de l'article 37 en matière de justice des mineurs, mais va plus loin dans les droits reconnus aux enfants lorsqu'ils sont en conflit avec la loi et qu'ils comparaissent devant les instance judiciaires.

Le chiffre 2, littera b, iii, impose que lorsqu'un enfant est entendu par une autorité officielle, il puisse être interrogé selon des règles procédurales établies et avec l'assistance d'un conseil (avocat) ou d'une autre personne de confiance et avec la présence des ses parents, à moins que cela ne soit **contraire à son intérêt supérieur**. On pense ici aux situations où l'enfant est victime des parents ou impliqué, avec ses parents, dans la commission de délits, par exemple.

On se rend bien compte, à l'énumération de ces règles ponctuelles citées ci-dessus, que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe général qui doit régner sur toute la Convention, mais qu'on fait appel à lui de manière spécifique, lorsqu'il faut justifier l'exception à un droit qui est reconnu à l'enfant, notamment à un droit que l'on pourrait qualifier de droit "naturel" à entretenir des relations avec les parents. Lorsque l'enjeu est de couper ces relations (adoption par exemple) ou de les suspendre (placements, privations de liberté); la décision à prendre doit toujours respecter ce principe. Cela veut dire que dans ces cas de figure, l'intérêt individuel de l'enfant prime l'intérêt de la famille (à avoir des relations avec son enfant) ou de l'Etat (à assurer la stabilité des familles).

2.4 Bien de l'enfant et intérêt supérieur de l'enfant

Faut-il dire que le bien de l'enfant, l'intérêt de l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent être considérés comme des locutions synonymes ? Certains le pensent. En analysant littéralement la CDE, on peut probablement dire que l'intérêt de l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant sont des locutions dont le contenu est le même. Le qualificatif supérieur doit vraisemblablement être considéré comme un superlatif de portée déclarative et non de portée contraignante.

Par contre, le bien¹⁹ de l'enfant se détache de l'intérêt de l'enfant, en ce sens qu'il constitue un état idéal à atteindre (le bien-être moral, physique et social de chaque enfant).

Dès lors on pourrait dire que si le bien de l'enfant est le bien-être de l'enfant dont parle le préambule de la Convention, c'est-à-dire un état idéal que devrait atteindre chaque disposition visée, l'intérêt supérieur de l'enfant est **l'instrument juridique** conçu par la Convention pour atteindre cet état idéalisé et qui fonde la garantie pour l'enfant de voir son intérêt pris en compte de manière systématique. C'est donc pas du tout une notion absolue, juridiquement définie et qui revêtirait la portée pratique déterminant pour toutes les situations l'intérêt supérieur de l'enfant de manière universelle ; ce n'est qu'une règle dans la procédure d'examen des divers droits : a-t-on examiné si l'intérêt de l'enfant a été pris en compte ? Ce n'est pas plus. C'est la raison pour laquelle, il est si difficile de définir cette notion.

Cette distinction va être expliquée dans le point suivant, en décrivant le rôle du concept et en tentant, au final, une définition.

3. L'intérêt supérieur de l'enfant, fonctions et caractéristiques

3.1. Fonctions

On peut dire que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il est défini dans la CDE, mais aussi par exemple dans la Convention de la Haye sur l'adoption internationale, est une règle d'examen (procédurale devrait-on ajouter) qui a deux rôles « classiques », celui

¹⁹ Bien = Wohl en allemand, = Bienestar en espagnol, = well-being en anglais, qui sont des locutions différentes d'intérêt

de contrôler et celui de trouver des solutions (critère de contrôle et critère de solution)²⁰.

Critère de contrôle : l'intérêt supérieur de l'enfant sert ici à veiller à ce que l'exercice des droits et des obligations vis-à-vis des enfants soit correctement effectué. C'est tout le domaine de la protection de l'enfance qui est concerné par cet aspect de contrôle.

Critère de solution : dans le sens où la notion même de l'intérêt de l'enfant doit intervenir pour aider les personnes amenées à prendre des décisions envers les enfants à choisir la bonne solution. Celle-ci sera alors choisie car étant « dans l'intérêt de l'enfant ». C'est "la passerelle indispensable entre le droit et la réalité sociologique"²¹.

3.2 Caractéristiques

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant revêt plusieurs caractéristiques :

1. Contrairement à la plupart des articles de la Convention, l'art. 3 ch. 1 ne constitue pas un droit subjectif comme tel ; mais il institue un principe d'interprétation qui doit être utilisé dans toutes les formes d'interventions à l'égard des enfants et qui confère une garantie aux enfants que leur sort sera examiné conformément à ce principe d'interprétation.
2. Cette disposition impose néanmoins une obligation aux Etats : celle de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'Etat dès qu'une décision officielle doit être prise

²⁰ FULCHIRON H. De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss

²¹ PICHONNAZ P., article cité, p. 163 (2.1)

3. Cet article 3 ch. 1 ne peut pas être pris isolément. Il appartient à un tout (la Convention des Droits de l'Enfant) et fonde un nouveau statut : l'enfant sujet de droit. Cette appartenance confère une dimension particulière à ce concept, notamment si on le relie au principe de non-discrimination (art. 2 CDE) et à l'obligation de prendre en compte la parole de l'enfant (art. 12 CDE).
4. Le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être distingué du bien de l'enfant, qui est un concept juridique indéterminé à préciser par la pratique et qui devrait l'être par des règles d'application. La jurisprudence va aussi, en partant de l'étude des cas, amener des solutions applicables à d'autres situations ou à l'ensemble du groupe enfants. Il doit être fait confiance à celui qui est amené à trancher²². Comme en son temps, le concept de critère du discernement (Code criminel révolutionnaire de 1791) avait dû aussi être précisé par des sous-critères et par la jurisprudence.
5. Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est relatif par rapport au temps et à l'espace : au temps, puisqu'il est dépendant des connaissances scientifiques sur l'enfant et sur la pré-éminence de telle théorie à un moment donné ; relatif dans l'espace, puisque ce critère devrait prendre en compte les normes valables dans tel pays, dans telle région²³.
6. La notion du long terme²⁴ devrait être une notion qui permet de mieux affirmer que ce qui est visé par l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas la situation hic et nunc, mais bien la situation de l'enfant, dans la perspective de son futur. Par définition, l'enfant

²² Van BUEREN G. The international Law on the rights of the child, Martins Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, p. 46

²³ FULCHIRON H., op. cit. p. 36

²⁴ RUMO-JUNGO A., Das Kind und die Scheidung seiner Eltern : ausgewählte Fragen, in le Bien de l'Enfant, op. cité. p. 156

évolue ; dès lors, son intérêt devrait se détacher de la loi du "tout, tout de suite", pour privilégier une vision d'avenir. Au moment où l'on écoute l'enfant sur ses aspirations dans le cadre de l'article 12 CDE, il faut rester attentif à cet aspect de prospective.

7. La notion du critère de l'enfant est évolutive, puisque effectivement les avancées de la connaissance se poursuivent et que nous ne sommes que treize ans après l'adoption de la Convention. La doctrine et la jurisprudence devraient donc faire évoluer beaucoup cette notion.

8. Le critère de l'intérêt de l'enfant est subjectif à un double niveau. « Il s'agit tout d'abord d'une subjectivité collective, 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,.... On pourrait 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")²⁵.

9. Subjectivité personnelle

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 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

²⁵ FULCHIRON H., op.cit.p.36

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. »²⁶

Ces caractéristiques de l'intérêt de l'enfant montrent à la fois la souplesse et la richesse de ce critère et ses faiblesses. N'étant pas défini de manière précise, étant relatif au temps et à l'espace et contenant une bonne dose de subjectivité, ce concept pourrait vider de sens les droits de l'enfant, voire se révéler contra-productif, c'est-à-dire privilégier l'intérêt de l'Etat ou de la famille au détriment de l'enfant. Cela est vrai et les critiques ont été (et continuent à l'être) nombreuses contre l'imprécision de critère et le flou du concept.

Disons, pour sa défense, qu'il présente l'avantage d'être large, souple et de pouvoir s'adapter (relativité dans le temps et l'espace) aux différences culturelles, socio-économiques, de systèmes juridiques différents. Il peut être admis partout et sert à tous. C'est « la bonne à tout faire » de la Convention.²⁷

3.3 Tentatives d'objectivation de la notion

Mais pour aller plus loin, il pourrait être utile, à notre avis, que ce critère soit précisé ou complété par des règles d'application, choisies en fonction des différents domaines où l'intérêt supérieur de l'enfant doit intervenir.

²⁶ FULCHIRON H., op cité, p. 36

²⁷ ZERMATTEN J. The best interest of the Child in working report Children's rights and Burma, IDE, 2002

De nombreuses tentatives ont été faites pour préciser, compléter et pour « objectiver » la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Notons par exemple, au Canada, le projet de modification du « Divorce Act » qui souhaite que l'intérêt de l'enfant soit jugé selon les éléments (cités par N. Bala)²⁸:

1. la nature, la stabilité et l'intensité de la relation entre l'enfant et chaque personne concernée par la procédure,
2. la nature, la stabilité et l'intensité de la relation entre l'enfant et d'autres membres de la famille où réside l'enfant ou impliquées lors des soins et l'éducation de celui-ci,
3. les loisirs de l'enfant,
4. la capacité de chaque personne à offrir cadre de vie, éducation et tous les soins à l'enfant,
5. les liens culturels et religieux de l'enfant,
6. l'importance et les avantages d'une autorité parentale conjointe, assurant une implication active des deux parents après la séparation,
7. l'importance des relations de l'enfant avec les grands-parents ou autres membres de la famille,
8. les propositions des parents,
9. la capacité de l'enfant de s'adapter aux vues des parents,

²⁸ BALA N. The best interests of the child in post-modern Era : a central but paradoxical Concept, in Law Society of Upper Canada, Special Lectures 2001

10. la capacité des parents de faciliter et d'assurer le maintien d'une relation avec d'autres membres de la famille,
11. tout antécédent montrant une violence faite par un parent envers l'enfant,
12. l'exclusion de préférence liée au sexe d'un des parents,
13. la volonté démontrée de chaque parent de prendre part à des séances éducatives,
14. tout autre facteur pouvant influencer la prise de décision.

On le voit, c'est une longue liste qui n'est pas exhaustive et les 14 éléments qui la composent ne semblent pas avoir été classés de manière hiérarchique. Ces points à examiner restent largement ouverts et n'ont par conséquent qu'une influence relative eux aussi, mais, ils ont le mérite de permettre une approche plus concrète et d'offrir une méthode de travail pour mieux appréhender, in casu, l'intérêt de l'enfant.

D'autres pays ont effectué des démarches identiques : ainsi l'Angleterre relativement à l'intérêt supérieur de l'enfant édicté dans le « Children Act » de 1984 : le juge doit prendre en compte : ²⁹

- l'avis de l'enfant
- ses besoins physiques, affectifs, éducatifs
- l'effet sur lui d'un changement
- son âge, sexe et sa personnalité
- les maux dont il a déjà souffert ou qu'il encourt

²⁹ Children Act, cité par le Ministère de la Justice du Canada dans son site <http://Canada.justicde.gc.ca> in Child and Custody Access

- la possibilité de chacun de ses parents de répondre à ses besoins.

Ces démarches semblent surtout le fait des systèmes juridiques anglo-saxons et de nombreux Etats des USA ont pratiqué de même. Il s'agit, de notre point de vue, d'un essai d'objectiver la notion, d'en saisir les contours, d'éliminer des risques de dérapage ou d'appréciation erronée de cet intérêt de l'enfant et de sécuriser tout à la fois juges et justiciables. Certes, ces essais sont imparfaits ; ils posent néanmoins des balises sur un chemin particulièrement délicat ; il paraît important pour toutes les situations fort nombreuses où les décisions ne sont pas prises par des magistrats, habitués à la pesée d'intérêts parfois divergents, mais pour les instances administratives, où les personnes chargées de trancher ne sont pas toujours très bien préparées à cet exercice difficile.

Par ailleurs, il nous semble aussi nécessaire qu'à la notion de l'intérêt de l'enfant soit complétée par la notion de prédictibilité, c'est-à-dire la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant non seulement au moment où la décision doit être prise, mais aussi dans la perspective de l'évaluation prévisible de la situation des parties concernées. Cela paraît particulièrement important dans un domaine, l'enfance, où les situations par définition évoluent rapidement et où il paraît nécessaire d'agir certes sur l'instant, mais en préservant, autant que faire se peut, l'avenir.

De plus, il paraît indispensable que, en cette matière où les droits de l'enfant entrent en conflit avec d'autres droits, c'est-à-dire où les enjeux humains, relationnels, économiques sont importants, la décision prise puisse être sujette à révision. Est-il est peut-être superflu de le dire, tant cela devrait aller de soi ?

3.4 Vers une définition

Au terme de l'analyse littérale de la notion et de la description de sa fonction et de ses caractéristiques, on peut essayer une définition. Peu d'auteurs se sont lancés dans cet exercice périlleux, hors Mme Navas Navarro³⁰, car le flou et la géométrie variable qui entourent le concept rendent la chose difficile.

Je vous propose :

L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence.

Cette définition est probablement imparfaite, mais elle a le mérite de résumer ce qui a été expliqué jusqu'ici et de synthétiser le concept.

Ajoutons, pour conclure l'élément suivant : en cas de doute dans le difficile exercice de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant lors de conflits avec d'autres intérêts ou des intérêts d'autres personnes ou groupes de personnes, soyons assez humbles pour reconnaître que cette notion,

³⁰ NAVAS NAVARRO S., Le bien et l'intérêt du mineur dans la société inter-culturelle, in Le Bien de l'Enfant, op. cité, p. 175 ss

non objective, ne peut être réellement fondée par des éléments clairs ou objectifs et qu'elle doit être alors supplantée par la notion contraire du « moindre mal ». C'est alors cette nouvelle considération « Comment faire le moins de mal possible » qui remplace l'intérêt supérieur de l'enfant et qui devrait emporter la décision. Est-ce plus objectif ? Peut-être pas, mais cette approche aurait alors le mérite d'être certainement moins dangereuse.

Elle ne prend pas en compte les deux aspects qui vont être développés ci-après, soit la dimension macro-sociétale de l'intérêt supérieur de l'enfant qui fonde l'action politique et la dimension philosophique.

4. L'intérêt supérieur de l'enfant, source d'inspiration législative

4.1 Généralités

Les droits de l'enfant, dans la conception contemporaine de l'expression, tels qu'ils découlent du texte fondateur, la CDE et des grands textes internationaux nés dans la mouvance ont amené l'enfant à une nouvelle position :

- la position d'exister comme **groupe social** clairement délimité entre l'âge de 0 et celui de 18 ans, même si cette « tranche » de vie reste divisée en petite enfance, enfance, adolescence et jeunesse ;
- la position de n'être plus seulement le destinataire d'attention de la part des adultes, de mesures de protection de la famille ou de l'Etat et de prestations fournies par les parents, les organismes publics ou privés ; mais elle lui a donné de véritables droits qu'il peut exercer de manière autonome et qu'il peut revendiquer ;
- cette position nouvelle d'enfants sujets de droits va plus loin que l'exercice de droits puisqu'elle postule la **participation de l'enfant dans la vie de la société**. C'est la grande innovation de la fin du XXème siècle : reconnaître que l'enfant est un être à part entière et qu'il a quelque chose à dire ; sa parole nous intéresse et n'est pas insignifiante. Longtemps, l'enfant (infans) a été celui qui ne parlait pas. La CDE lui donne la parole et nous oblige à l'écouter.

Certes, l'enfant n'est pas encore reconnu comme un citoyen à part entière, doté de droits civiques complets, ni d'une capacité juridique puisqu'il est encore défini comme

un « incapable »³¹. Mais on admet qu'il n'est pas seulement un petit d'homme et qu'il dispose, sinon de la pleine capacité, du moins de capacités certaines qui doivent être reconnues et prises en compte.

Pour qui travaille régulièrement avec des enfants, il est évident que les enfants ont des ressources importantes, souvent sous-estimées. Les notions nouvelles telle que la résilience montrent bien cette faculté qu'ont les enfants de réagir positivement face à des événements difficiles, face à des situations familiales précaires, face à des sollicitations dangereuses. On est souvent surpris de voir que le pronostic fait pour tel enfant dans des circonstances données, pourtant fortement défavorables, ne débouchent pas automatiquement sur une équation exacte et ne correspondent pas à la chronique d'une catastrophe annoncée^{32, 33}....

D'une manière générale – et je pense que cela est juste – l'enfant a besoin d'une protection particulière et a besoin de soins appropriés à son âge ; évidemment pas de manière homogène, de manière dégressive : les prestations et la protection doivent être massives en bas âge et doivent se réduire au fil de l'avancement en âge de l'enfant, jusqu'à n'être plus qu'un filet tendu, tendu sous la corde de l'équilibriste pour qu'il ne se fasse pas trop de mal si d'aventure il tombait. Mais le parcours sur le fil doit être effectué par le funambule lui-même, non par les spectateurs !

Cette position nouvelle de l'enfant et ce droit à la participation et à la prise en compte d'un enfant être humain comme les autres, dont on veut le bien, implique à mon sens des conséquences au niveau structurel de

³¹ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., Les droits de l'enfant, Que sais-je, no 852, PUF, Paris 1991, p. 23 ss.

³² MANCIAUX M. La résilience, mythe ou réalité ? in Ces enfants qui tiennent le coup, Cyrulnik B (éd), Hommes et Perspectives, Revigny-sur-Ormain, 2002 (2ème édition), p. 109 ss.

³³ CYRULNIK B., Un merveilleux malheur, Odile Jacob, Paris 1999

l'organisation de la société et au niveau stratégique dans la définition des lignes directrices de la politique de promotion de l'enfance.

Dans la suite de l'étude, on se réfère à **la situation de la Suisse** ; une bonne partie des considérations faites sur ce pays pourraient vraisemblablement être utilisées pour de nombreux autres pays. En tous les cas, les travaux du Comité des Droits de l'Enfant pointent souvent les mêmes éléments de critique.

4.2 La Participation/ les Structures

Tout d'abord, la société doit organiser la manière dont elle veut entendre la parole de l'enfant et en tenir compte. Cela concerne

- évidemment les instances judiciaires notamment le domaine du droit de la famille et du droit pénal. Le nouveau droit du divorce a pris en compte cette obligation dans sa révision, en aménageant l'audition de l'enfant ³⁴; le droit pénal en révision fait une large place, dans la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs que les Chambres fédérales viennent d'adopter ³⁵ et inspirée des grands standards internationaux ³⁶. Mais on peut se poser la question si les autorités de protection (les autorités tutélaires) souvent les premières concernées par les rapports des enfants avec les parents ont adapté leur manière de procéder aux exigences nouvelles posées par l'art. 12 ch. 1 et 2 CDE (obligation d'entendre la parole de l'enfant) ;

³⁴ CCS, titre quatrième, nouvelle teneur entrée en vigueur le 1.1.2000

³⁵ Loi fédérale régissant le condition pénale des mineurs (LFCPM), adoptée le 20.06.2003

³⁶ notamment Règles de Beijing (1985) et Règles de la Havane ou RPL (1990)

- les instances administratives sont-elles conscientes de l'obligation qui leur est faite, lorsqu'une décision touche un enfant, de procéder à son audition, soit directement, soit par intermédiaire ? On peut se poser la question. De nombreux cantons révisent leur loi de protection envers les enfants ou l'ont déjà fait, par exemple le Valais ³⁷. Mais, à notre avis, il y a un énorme travail législatif à accomplir en cette matière.
- Il va sans dire que l'école – instance administrative – est fortement touchée par ces dispositions et que les règlements scolaires, voire les règlements de centre doivent être adaptés à cette évidence nouvelle.

Si le cadre législatif fédéral au niveau constitutionnel a été modifié par la nouvelle constitution entrée en vigueur 1.1.2000 ³⁸ et indique à l'article alinéa 2 que « Ils (les enfants) exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement », il n'en demeure pas moins qu'il existe très peu de lois au niveau cantonal ou communal qui consacrent des dispositions à la participation de l'enfant, dans le sens de l'organiser et de la promouvoir.

4.3 La Promotion/ les Stratégies

Ce qui vient d'être passé en revue concerne l'intérêt de l'enfant à ce qu'il puisse s'exprimer, donc les moyens à mettre en place sur le plan structurel, pour lui permettre d'exercer ce droit de manière satisfaisante.

Mais l'intérêt de l'enfant va un pas plus loin en commandant que l'on assure la promotion de sa participation par le biais de mesures d'incitation, je dirai

³⁷ Loi en faveur de la Jeunesse du 11.05.2000. Recueil officiel du Canton du Valais 850.4

³⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 décembre 1999

par une politique de promotion du nouveau statut de l'enfant.

Comment cela peut-il se pratiquer, quelles stratégies développer ?

Si l'on en croit Verhellen, il y a trois tendances actuellement dans le mouvement des droits de l'enfant : une tendance réformiste visant à imposer un statut d'acquisition progressive de droits, une tendance radicale visant à éliminer la discrimination envers les enfants (discrimination basée sur l'âge) et à leur reconnaître le plein exercice des droits civils et civiques, une tendance pragmatique qui viserait à reconnaître aux enfants tous les droits, sauf ceux qui seraient énumérés exhaustivement³⁹.

A l'évidence, l'enfant dans notre entendement actuel ne peut être titulaire de tous les droits et l'excuse de l'âge doit lui profiter, car lui reconnaître tous les droits reviendrait aussi à lui reconnaître tous les devoirs et une pleine responsabilité. On irait donc contre ses intérêts dans une nouvelle formule qui dirait « Plus de droits = plus de devoirs = pleine responsabilité = moins de protection ». Je ne pense pas que l'intérêt de l'enfant serait alors ni assuré, ni garanti. On serait dans une logique contraire à l'esprit de la Convention.

Pour ma part, je me rallie à la théorie "évolutionniste", si j'ose le qualificatif : l'enfant est détenteur des droits depuis sa naissance, par contre, il les exerce progressivement, au fur et à mesure de l'acquisition par lui de la maturité et du discernement nécessaires. Avant qu'il puisse exercer ses droits personnellement, ce sont ses parents (cf. art. 5 CDE) qui les exercent pour lui, éventuellement ses représentants légaux lorsqu'il n'a plus de parents ou qu'il se trouve en situation de vulnérabilité par rapport à son

³⁹ VERHELLEN E., Convention on the rights of the child., Garant, 2000 (3ème édition), p. 29 ss.

milieu d'origine. Les limites d'âge pour l'exercice de ces droits sont parfois fixées par les Etats⁴⁰, parfois pas du tout et est laissé à la libre appréciation des systèmes administratifs ou judiciaires.

Si donc le plein exercice des droits par l'enfant paraît une exagération préjudiciable à ses intérêts, il n'en reste pas moins que concrètement, il nous appartient à nous adultes le promouvoir le nouveau statut de l'enfant et de lui permettre de participer effectivement à la vie sociale.

Cela veut dire :

A. Faire connaître ce statut.

La CDE prévoit dans son article 43 ch. 1 que les Etats s'engagent à faire reconnaître la convention et son contenu. Pour moi, cette information doit toucher plusieurs publics :

les instances officielles et les organismes publics et privés chargés de l'application de la CDE,
les citoyens en généra,
les enfants surtout puisque c'est d'eux qu'il s'agit et puisque ce sont eux devront exercer les droits reconnus et si possible celui de la participation.

Dans ce domaine, l'on peut dire qu'il y a dans notre pays, un très net déficit d'informations à tous les niveaux, même si de nombreuses initiatives peuvent être saluées. On déplore cependant que l'école, vecteur le plus important pour la transmission des informations, ne s'implique pas systématiquement en ce domaine et que les membres du corps professoral n'aient pas saisi l'importance des droits de l'enfant, non seulement pour les élèves, mais pour l'école en général.

⁴⁰ par exemple âge auquel on peut donner librement son consentement à un traitement médical

On parle beaucoup, dans la participation du droit à l'information : n'est-ce pas l'expression même de ce droit que d'informer les enfants sur leurs droits ?

B. Coordonner l'action

Etablir une **coordination de l'action** au niveau fédéral et au niveau cantonal, cela est une nécessité urgente. Actuellement, on a l'impression que les initiatives vont un peu dans tous les sens, faute d'une réflexion commune et d'une vue d'ensemble.

Ainsi, au niveau fédéral, on ne sait pas qui fait quoi, tant la répartition des tâches est complexe et souffre de l'absence d'un seul Département ou Office responsable. Pour exemple, les Départements concernés :

- Département de l'Intérieur, par son Secrétariat général, l'OFAS et la Centrale pour les questions familiales, le Bureau de l'Egalité, l'Office fédéral de la Culture, l'OFS, l'Office fédéral de la statistique, l'Office fédéral de l'Education et des sciences ,
- Département des Affaires Etrangères, par la DDC (Division humanitaire, Section affaires multilatérales, Section politique et recherche), par la Division politique IV, la Division politique IIIa-section ONU,
- Département de l'Economie publique, par le SECO (Division des affaires internationales) et par l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie,
- Département de la Sécurité par l'Office fédéral du Sport,
- Département des Transports et des Communications par l'Office fédéral de la Communication,
- Département de Justice et Police par l'Office fédéral de la Justice, l'Office fédéral de la Police, l'Office fédéral des Etrangers, l'Office fédéral des Réfugiés,

- sans compter les innombrables commissions : des questions féminines, des étrangers, pour la jeunesse, pour les questions familiales, pour les réfugiés, contre le racisme...

Cette situation a été critiquée de manière claire par le Comité des droits de l'enfant dans son examen du premier rapport de la Suisse ⁴¹ et des suggestions ont été faites en vue de trouver une coordination de toute la politique de l'enfance dans ce pays. Il est très intéressant de noter que le Comité des droits de l'enfant se pose des questions, légitimes, à notre avis, sur les compétences respectives de la Confédération, des cantons et des communes et s'interroge pour savoir si le fédéralisme ne constituerait pas un frein au principe de l'article 2 (non discrimination ou égalité entre les enfants) ^{42, 43}.

S'agissant des ONG actives dans le domaine, on en recense un certain nombre (les plus importantes en général) mais personne n'en connaît ni le nombre, ni l'action réelle, ni l'implication (locale, régionale, nationale, internationale). Il n'existe pas de répertoire exhaustif, de liste d'adresses ni de base de données fiable sur ces organisations, associations, fondations ou autres groupements plus ou moins informels. Les tentatives faites à ce jour de regrouper toutes ces personnes morales en une structure juridique commune et de centraliser l'information en vue d'une action concertée ont échoué...

Si la situation n'est pas satisfaisante au plan fédéral, elle n'est probablement guère meilleure au niveau cantonal. On ne peut pas dire que l'on ne fait rien ; on fait

⁴¹ Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Switzerland, 13.06.2002 (CRC/C/15/Add.182), points 11 à 14

⁴² DEI, Commentaires de la section suisse de DEI sur le premier rapport de la Suisse au Comité des NU pour les droits de l'enfant, Les cahiers des droits de l'enfant, vol.10, DEI-SuisseGenève, février 2003

⁴³ COLLAUD FRAGNIERE M-C. L'application en Suisse de la CDE, Université de Genève, Faculté de droit, 18.12.2002

probablement beaucoup, la question est de savoir qui fait quoi.

C. Mettre en place une politique pour les enfants

Il est aussi nécessaire de mettre en place une politique pour les enfants qui ne soit pas seulement réactive face à des dangers qui les menacent (politique purement protectionniste), mais une politique **pro-active**, c'est-à-dire qui cherche à mettre en place des conditions favorables à la participation des enfants :

- La participation la plus prometteuse est celle qui permet aux enfants de faire des projets pour eux et de les mener à terme eux-mêmes. Cela s'est révélé possible et a été expérimenté dans de nombreux endroits. L'intervention des adultes se bornant alors à faciliter les démarches ou à conseiller les jeunes sur la manière de procéder et sur la recherche de fonds. A mon avis, cette forme de participation doit véritablement être encouragée au niveau légal (loi cantonale) et au niveau financier (mise à disposition de ressources). C'est le premier moyen de faire participer les enfants.
- La deuxième étape est la participation des enfants dans l'expression de leurs préoccupations, soucis, besoins, mais aussi de leur vision des événements. Les enfants actuels sont nés télévisés, interconnectés, natelisés ; ils manient les moyens de communications et les nouvelles techniques mieux que nous et nous montrent ainsi une autre facette de leur talent. Pourquoi ne pas utiliser cette disponibilité naturelle pour les faire intervenir régulièrement, voire systématiquement dans les média (journaux, radio, TV) non seulement pour des émissions qui leur sont consacrées, mais dans les publications/émissions régulières. Utopie ? oui, si l'on attend que les jeunes se manifestent spontanément,

pas vraiment si on suscite leur participation et surtout si on leur donne une vraie place et une vraie parole.

- La participation à l'école est certainement un champ intéressant, car l'école est évidemment le passage obligé jusqu'à 15 ans et demeure le lieu de rencontre de la plupart des jeunes via les écoles de formation professionnelle ou les collèges jusqu'à 18-20 ans. On a vu de nombreuses initiatives en Suisse dans les écoles⁴⁴. Ce qui paraît être le plus répandu ce sont les « projets de Centre » ; c'est-à-dire les projets que bâtissent ensemble professeurs et élèves pour un centre scolaire donné, où chacun s'engage à viser des objectifs communs.

La participation politique est une visée à long terme. Ne le cachons pas, les essais de parlements communaux, cantonaux, voire fédéraux des jeunes ne sont pas concluants et reposent plus sur des projets des adultes que sur une véritable demande des enfants. Pour l'heure, cette participation politique reste artificielle et n'est pas acquise. Elle le sera, au moment où les enfants sauront qu'ils ont des droits, auront pu les exprimer dans le domaine familial, scolaire, médiatique, avant de vouloir vraiment l'exprimer sur le plan politique. Favorisons cependant leur liberté d'association (en soutenant les groupements des jeunes), leur liberté d'expression (en leur demandant leur avis), leur droit à l'information (en adaptant une partie des programmes) et les jeunes (enfants et adolescents) viendront d'eux-mêmes à la politique.

D. Donner des moyens financiers.

Il est certain qu'une politique en faveur de l'intérêt de l'enfant nécessite des moyens humains, matériels et

⁴⁴ Rapport sur la situation des enfants et des adolescents en Suisse, Unicef, section suisse, Zürich, 1999, p.107 ss.

logistiques et que cela a un coût. Instaurer des conditions cadres qui permettent à l'enfant un épanouissement de sa personnalité suppose aussi une politique sociale claire, en faveur de l'enfant lui-même, mais aussi de sa famille. Une telle politique se traduit par des engagements financiers importants.

Ce point mériterait d'autres développements, de même la considération que toute la politique économique d'une nation a des effets sur les enfants. La prétention de cette présentation ne va pas jusque là. Il est cependant clair que cette affirmation doit être lue et comprise en relation avec l'article 4 (umbrella provision) de la Convention.

Conclusion

L'intérêt de l'enfant est donc un concept incontournable ; il a bien des défauts, imprécision, subjectivité, relativité. Mais il a aussi d'énormes qualités : sa souplesse, son adaptabilité, sa richesse pour respecter des contextes juridiques, culturels, socio-économiques complètement différents. Si l'on a compris qu'il ne correspondait pas au bien de l'enfant, mais qu'il était un instrument juridique et une règle procédurale, alors son appréhension est plus simple.

De plus, il est déterminant

- au plan factuel comme critère de contrôle et de solution ;
- au plan macro-sociétal comme imposant de nouvelles structures pour prendre en compte cet intérêt et pour inspirer une politique de promotion de l'enfant.

Enfin, il ne peut pas être détaché du contexte de CDE et il doit être relié aux autres droits, notamment à celui de l'art. 2 (non-discrimination) et de la parole de l'enfant (art. 12) et de sa participation (art. 14, 15,16).

Il a, de toute évidence, un potentiel politique, comme outil de développement de politiques soucieuses des enfants, non seulement dans le domaine spécifique de la protection ou du droit de la famille, mais dans tout le domaine législatif nouveau de l'environnement, par exemple.

Enfin, il s'explique par le développement des idées de l'Antiquité à nos jours, idées contemporaines qui ont consacré l'avènement de l'enfant comme personne à part entière. Il est donc devenu l'instrument juridique nécessaire pour faire appliquer ce statut moderne.

Malgré toutes les critiques, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant n'a fait que gagner de l'importance ; c'est dire que si on l'éliminait pour ses faiblesses on ne saurait par quoi le remplacer!

Sion, le 26.02.2005

JZ

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

ALSTON Philip, The best interests principle: towards a reconciliation culture and human rights, in Philip ALSTON, The best interest of the Child, Clarendon Press Oxford, 1944

BALA Nicholas, The best Interests of the Child in the post-modern Era : a central but paradoxical Concept, in Law Society of Upper Canada, Special Lectures 2001

Van BUEREN Géraldine, The international Law on the Rights of the Child, Martins Nijhoff Publishers, The Hague 1998.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Les Droits de l'Enfant, Que sais-je ? no 852, PUF 1991.

DOEK Jaap E., Social-Political aspects of a child's best interests, in KaufmannC, Ziegler F., opus cité ci-dessous.

FLAMMER August., Wer weiss dann, wann das Kind (ganzheitlich) wohl ist ?, in KaufmannC, Ziegler F., opus cité ci-dessous.

FULCHIRON Hugues, De l'intérêt de l'enfant aux Droits de l'Enfant in Une convention, plusieurs regards. Les Droits de l'Enfant entre Théorie et Pratique, Institut international des droits de l'Enfants, Sion, 1997

KAUFMANN Claudia., ZIEGLER Franz (éditeurs), Le bien de l'enfant, Verlag Rüegger, Zürich/Chur, 2003

LES GRANDS EVENEMENTS DE L'HISTOIRE DES ENFANTS, Mémoires de l'Humanité, Larousse, Paris 1995

NAVAS NAVARRO Susana., Le bien et l'intérêt du mineur dans la société inter-culturelle, in KaufmannC, Ziegler F., opus cité ci-dessus

PICHONNAZ Pascal, Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées), in KaufmannC, Ziegler F., opus cité ci-dessus

RUMO-JUNGO Alexandra, Das Kind und die Scheidung seiner Eltern : ausgewählte Fragen, in KaufmannC, Ziegler F., opus cité ci-dessus

VERHELLEN Eugeen, Convention ou the Rights of The Child, Garant , 2000 (3^{ème} édition).

VERSCHRAEGEN Béa., Die Kinderrechtskonvention, Manz Verlag Wien, 1996

ZERMATTEN Jean, The best Interest of the Child in working report de l'Institut international des droits de l'Enfant : Children's rights and Burma, IDE 2002
