

## Participation ou Protection ?

Jean Zermatten<sup>1</sup>

### 1. Introduction

Il y a vingt ans, la communauté internationale a promulgué la **Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant** (ci-après la Convention ou CDE) du 20 novembre 1989 et sa ratification quasi universelle (193 Etats sur 195<sup>2</sup>) en fait un texte hors norme par sa portée dans l'espace et par l'enthousiasme spontané qu'elle a suscité. Mais de nombreux Etats n'ont pas pris le temps d'examiner l'intitulé même de ce traité « Convention... relative **aux droits** de l'enfant ». Pour le plus grand nombre, il s'agissait de ratifier un texte destiné à assurer une **meilleure protection** des enfants contre divers périls naturels et diverses formes d'exploitation ; de fortifier la position de l'enfant pas rapport aux débiteurs de **prestations**, parents, communauté, Etat et de contribuer aux soins de base : alimentation et conditions de vie décente, bonne éducation, si possible de qualité et gratuite et accès aux soins de santé au plus grand nombre.

La composante « **droits** » que recèle la Convention, bien que largement exposée par le législateur international, n'a pas été perçue entièrement, alors qu'elle représente la modification significative de la CDE, consacrant un regard nouveau sur l'enfant, doté de compétences et d'une capacité, certes en

---

<sup>1</sup> Directeur de l'IDE, Vice-président du Comité des droits de l'enfant

<sup>2</sup> Etat au 10 juin 2009, la Somalie et les USA n'ayant toujours pas ratifié ce traité

développement, mais qui justifie une position sensiblement différente dans les relations que la société entretient avec lui.

L'introduction de droits et libertés civils dans la Convention, comme le droit au nom, à la nationalité, à connaître ses parents et à être élevé par eux (art 7), le droit à voir son identité, sa nationalité, son nom et ses relations familiales respectés (art. 8), le droit à la liberté d'expression (art. 13), le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, (art. 14), le droit à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique (art. 15), le droit au respect de la sphère privée de l'enfant (art. 16), le droit à avoir accès à une information de sources diverses, notamment (art 17) et le droit d'être protégé contre la peine capitale, la torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 37 a) montre que ce texte va bien au-delà des textes traditionnels en matière de protection et de prestations dues de l'enfant puisqu'il reconnaît l'enfant comme une personne qui détient des droits liés à sa naissance, droits personnels que personne ne peut lui dénier, qu'il peut exercer soit directement, selon son âge et son degré de maturité, soit par représentation.

### Des principes généraux

Mais la Convention va plus loin encore, en promulguant des dispositions que l'on nomme **principes généraux**, qui formalisent le nouveau statut de l'enfant, détenteur de droits.

- **2** : principe de la non-discrimination ou droit de chaque enfant à ne pas être discriminé,
- **3** : droit de l'enfant à ce que toute décision à son égard soit examinée sous l'angle de son intérêt supérieur,
- **6** : droit à la vie, survie et au développement, base évidemment du respect de la dignité de l'enfant et de sa

personnalité en développement, ou droit de l'enfant d'être considéré comme une personne digne de droits,

- **12** : droit de l'enfant être entendu dans toutes les décisions qui le concernent, considéré très souvent comme le fondement du droit de l'enfant « à participer ».

En établissant ces règles de base qui servent à l'application de chacun des droits subjectifs reconnus à l'enfant, la Convention a fait un pas supplémentaire en direction de la reconnaissance de l'enfant comme un individu à part entière avec lequel les parents, les adultes en général et l'Etat doivent compter et pour lequel ils doivent (ré)-aménager leurs relations d'une manière générale et leurs rapports juridiques, en particulier. **C'est donc un changement complet qu'inaugure cette Convention dans les relations enfants – adultes.**

### Deux articles particuliers

Parmi toutes ces dispositions qui fondent l'expression nouvelle de l'enfant, sujet de droits, il y en a deux qui focalisent l'attention : chaque fois qu'une décision est prise à l'égard de tel enfant déterminé, ou du groupe pluriel « les enfants », le décideur doit examiner si et comment **l'intérêt de l'enfant** peut être pris en compte. C'est l'article **3** de la Convention. L'enfant détient assez de compétences pour influencer le cours de son existence, pour exprimer son opinion, notamment lorsque des décisions sont prises qui ont un impact direct ou indirect sur sa vie et sur ses relations avec les autres. C'est l'article **12** de la Convention.

**Intérêt supérieur de l'enfant et Participation** : ces deux expressions sont familières et les professionnels manient ces concepts régulièrement. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, organe de traité qui contrôle l'application de la Convention et qui interprète via ses Observations générales le

contenu de cet instrument, ne s'est pas encore exprimé de manière complète à ce sujet<sup>34</sup>.

Pour un grand nombre, **l'article 3** (intérêt supérieur de l'enfant) n'est pas considéré comme un droit en tant que tel, mais surtout comme une règle « supérieure » qui doit permettre à l'enfant de bénéficier des meilleures prestations possibles et d'une protection absolue lors des décisions à prendre à son égard qui puisse garantir son « bien-être ». C'est une sorte de **principe idéal**, mais guère défini, ni clairement délimité sur le plan juridique.

De même, pour la majorité, **l'article 12** est traduit par « participation ». Même si la Convention n'utilise pas le mot participation dans l'article 12, ni dans les articles qu'on lie à son interprétation large (art. 3, 5, 13, 17), il exprime surtout l'idée nouvelle de cet enfant reconnu par la Convention comme disposant de compétences suffisantes pour prendre une part active à la vie de la société, même s'il est encore un être en développement. Il y a bien sûr différents niveaux de participation, différents cadres, domaines et contextes, différentes formes de participation selon que l'enfant est impliqué, à titre individuel, dans une décision à prendre à son égard, ou qu'il se trouve concerné dans un processus plus large de consultation, comme appartenant à un groupe collectif d'enfants.

### Une question

La question qui se dégage des lectures de ces deux articles est alors:

---

<sup>4</sup> A fin mai 2009, le Comité planchait sur la dernière version d'une Observation générale sur l'article 12 et avait planifié pour 2009 – 2011, une Observation générale sur l'article 3

- L'article 3 par. 1 CDE serait la concrétisation des idées de prestations et surtout de protection contenues dans le texte, puisqu'il imposerait un devoir supérieur de donner aux enfants ce qui leur revient et surtout d'assurer que les mesures prises les protègent, leur vulnérabilité et dépendance justifiant un intérêt supérieur à leur égard,
- et l'article 12 serait la reconnaissance de l'idée de l'enfant devenu capable, dans le respect de ses capacités évolutives, de prendre une part plus ou moins active et plus ou moins directe, à la vie de sa famille, de sa communauté, de sa Cité.

Idées fondamentalement différentes qui s'opposeraient, puisque souvent, les usagers de la Convention opposent les deux concepts.

### **3. L'art. 12 CDE**

#### 3.1 Notion et analyse littérale

L'article **12 de la Convention** indique :

*1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement 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.*

*2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.*

L'art. 12, par.1 établit que les Etats **garantissent** que l'enfant capable de discernement puisse exercer son droit d'être

entendu. Garantir est donc un terme juridique fort qui n'exprime pas seulement une possibilité, mais une obligation ; il n'y a pas de latitude pour l'Etat qui doit prendre toutes les mesures pour permettre la réalisation complète de ce droit.

Cette obligation revêt deux aspects :

- mettre en place les **mécanismes pour recueillir la parole** de l'enfant, notamment dans les procédures,
- prendre les dispositions nécessaires pour accorder à l'opinion de l'enfant un poids particulier, ce qui signifie **se donner les moyens d'apprécier sa capacité** d'exprimer valablement son opinion en relation avec son âge et son degré de maturité.

b) «... *l'enfant qui est capable de discernement...* »

Les Etats doivent garantir le droit à exprimer son opinion à tout enfant qui est capable de discernement. Comment établir le discernement ?

### **Une question d'âge ?**

L'article 12 aurait pu fixer une limite d'âge pour jouir du droit d'exprimer son opinion; il ne l'a pas fait ; d'une part parce qu'il est trop difficile dans un texte à vocation universelle de fixer une limite d'âge ; d'autre part parce que les législateurs de la Convention n'ont pas voulu trop restreindre la portée de cette obligation et ont pensé qu'il était possible d'entendre un enfant, même très jeune (en particulier, ils ont mis en exergue l'expression non verbale, la gestuelle...). L'idée est que l'enfant est supposé capable de former sa propre opinion (**présomption de capacité**) et que ce n'est pas aux enfants de démontrer qu'ils sont effectivement capables de s'exprimer. Le fardeau de la preuve est sur les épaules du décideur. C'est ici un changement clair de l'image de l'enfant, vu pendant des millénaires comme incapable, muet et non compétent !

## Une question de “*discernement*” ?

Si l’on s’en tient à la définition classique du discernement, composé de deux éléments

- la faculté intellectuelle d’apprécier raisonnablement la portée d’une action, et
- la faculté de se déterminer librement par rapport à cette action,

il semble difficile de soutenir que le droit de l’enfant d’exprimer son opinion serait complètement dépendant de cette double condition. En effet, le fait de détenir complètement la faculté intellectuelle de comprendre la portée de l’action « exprimer son opinion » et de se déterminer librement d’après cette compréhension serait en contradiction avec l’absence de limite d’âge et aboutirait à exclure une grande partie des moins de 18 ans de ce droit.

Dès lors, il semble que la traduction de la version anglaise : «... *the child who is capable of forming his or her views...* » par discernement, ne doit pas être comprise comme une définition stricte du terme discernement, mais plutôt comme la recherche par le décideur de la capacité de l’enfant de se former sa propre opinion sur la cause à juger, ce qui est, à l’évidence, très différent.

De plus, l’enfant doit être capable d’exprimer son opinion. Même si la Convention ne fait pas état de cette capacité, il semble évident que l’enfant doit pouvoir et comprendre de quoi il s’agit **et s’exprimer**. L’expression de l’opinion peut être verbale, écrite, dessinée ou non verbale (attitudes).

c) « ...*d’exprimer librement son opinion...* ».

L'enfant a le droit d'exprimer librement son opinion : **librement** signifie que l'enfant ne doit pas être "manipulé", donc soumis à influence. Librement est aussi en relation avec **l'opinion propre** de l'enfant et non celle d'un autre, qu'il ferait sous dictée, sous pression, sous influence ou de manière telle que son avis aurait été complètement détourné de l'avis originel.

### **Audition directe par le juge ?**

**Qui doit entendre les enfants ?**

A mon expérience, **l'audition directe de l'enfant devrait être privilégiée** par l'autorité amenée à trancher chaque fois que cela est possible. Pour prendre un exemple helvétique, le Tribunal fédéral suisse a tranché que le juge doit dans la règle procéder à l'audition de l'enfant lui-même et ne doit pas déléguer de manière systématique cette audition à des tiers<sup>5</sup>, sauf si la spécialisation est nécessaire<sup>6</sup>. La grande difficulté ici est **la formation** des magistrats ou des personnes appelées à décider ; dans la plupart des pays, les magistrats ne sont pas préparés spécialement à cette tâche, voire la redoutent.

### **Quelles modalités pratiques ?**

Librement traite aussi de la question du **comment recueillir l'opinion de l'enfant** ? Les Etats Parties ont des approches diverses, certains ayant prévus des mécanismes élaborés, mais la plupart tardent à légiférer pour établir le mode de recueil de la parole de l'enfant. La CDE ne donne pas de détails précis ou de directives pour aménager les procédures administratives ou judiciaires.

Il est évident que les Etats doivent **offrir un cadre qui prenne en compte la situation individuelle de chaque enfant** et qui

---

<sup>5</sup> ATF 133 III 553

<sup>6</sup> ATF 227 III 295

propose un certain climat de bienveillance pour permettre à l'enfant de se sentir en sécurité.

La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt de 2003, a estimé **qu'il serait excessif d'imposer systématiquement une audition de l'enfant en audience**, laissant l'opportunité de la décision au juge ; mais elle conclut néanmoins que tout enfant impliqué dans une procédure engagée par l'un de ses parents doit être entendu dans **un cadre adapté**<sup>7</sup>.

### **Le nombre d'auditions**

Se pose aussi une question importante liée au comment, c'est celle du **nombre de fois** où l'enfant peut être interrogé. On sait, en effet, que l'audition de l'enfant est un exercice très difficile, qui n'est neutre ni pour celui qui le conduit, ni surtout pour celui qui le subit. Les risques de victimisation secondaire des enfants victimes (notamment en matière d'auditions pour abus sexuels) ont été largement mis en évidence. La CDE ne répond pas non plus à cette question et laisse le soin aux dispositions nationales de régler cette question.

### **L'information de l'enfant**

Le droit d'exprimer librement son opinion suppose que **l'enfant a été informé de la question l'intéressant et des conditions dans lesquelles, il va pouvoir exprimer son point de vue**. Ce droit à l'information paraît essentiel parce qu'il **détermine le degré de liberté ou d'autonomie de l'enfant**.

*«... son opinion sur toute question l'intéressant...»*

Les Etats doivent assurer le droit à être entendu sur toute question intéressant l'enfant. L'exercice de recueillir la parole

---

<sup>7</sup> ACEDH S c. /Allemagne, 08.08.2003

de l'enfant est lié à la condition que **la question débattue ait une relation d'intérêt l'enfant.**

L'intérêt direct veut dire que la décision qui va être prise *affecte* (pour reprendre l'expression anglaise utilisée dans l'art 12) l'enfant dans son mode de vie, dans ses relations avec sa famille ou dans l'exercice de ses droits, par ex. l'accès à l'éducation, l'accès aux soins de santé, l'accès aux autorités d'immigration... tels que reconnus par la CDE et par les différentes législations nationales.

e) « *...les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.* »

Il n'est pas suffisant de recueillir la parole de l'enfant, encore le décideur doit-il accorder une considération particulière à l'enfant. Quelle considération accorder à l'opinion de l'enfant ? La CDE ne donne pas de réponse, mais il semble que l'on peut établir les critères suivants :

- l'âge n'est pas le seul élément à prendre en compte, mais constitue un élément objectif selon lequel la parole aura plus ou moins d'importance ;
- la maturité est liée plus à la faculté de comprendre (discernement au sens large décrit plus haut) qu'à l'âge ; elle requiert de l'Etat un examen individualisé ; le degré de formation, l'expérience, les relations sociales de l'enfant, le soutien qu'il a de ses parents ou de ses pairs, sa culture, son émancipation, sont des éléments à prendre en compte. On peut dire que **la maturité de l'enfant, c'est sa capacité de s'exprimer de manière raisonnable, sincère et objective sur des situations difficiles et délicates** ; la maturité constitue l'un des éléments importants que le décideur va prendre en compte ;
- on peut faire un lien direct entre la maturité et l'art. 5 de la CDE qui souligne l'obligation (et le droit) des parents de

- donner conseils et orientation à leurs enfants ; dans ce domaine sensible aussi ;
- le lien direct qui existe entre l'impact potentiel de la décision sur l'enfant et la décision elle-même importera ; si les conséquences sont très immédiates et indiscutables, le poids donné à son opinion sera plus important.

### **Une valeur intrinsèque à la parole de l'enfant ?**

Si l'on essaie d'aller un peu plus loin que cette énumération de critères, on doit se poser **la question de la valeur intrinsèque de la parole de l'enfant ?** Il est impossible de répondre de manière absolue et abstraite à une telle question. Chaque enfant est un cas particulier et la valeur de son opinion va dépendre de son âge, de sa maturité, de son développement, de ce qu'il comprend de la situation, des influences qu'il va nécessairement subir, de son indépendance/dépendance par rapport aux personnes qui l'entourent ou qui sont impliquées dans la décision à venir, de sa capacité d'exprimer des idées abstraites ou des jugements de valeur, de la confiance placée dans l'adulte qui reçoit sa parole *etc.*

### **Une considération particulière**

Le **juge n'est pas lié par cette parole**, il peut lui accorder ou non de l'importance, en relation avec l'ensemble des éléments de la cause qu'il est en train d'instruire. La parole de l'enfant est donc **un des éléments** de l'affaire, mais pas **L'élément** de preuve déterminant. *On peut ici faire un rapprochement par analogie avec la procédure suivie pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 al.1 CDE) : l'intérêt de l'enfant est un des intérêts en cause, mais pas le seul et il doit être mis en balance avec les autres intérêts.*

### **3.1.2 Paragraphe 2**

a) « ...d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant... »

**L'expression « procédure judiciaire** est bien sûr reliée aux différents domaines d'activité des instances judiciaires où les enfants peuvent être impliqués, sans limitation (divorce, droit de garde, adoption, justice des mineurs, enfants victimes...). La référence aux procédures administratives inclut l'éducation, la santé, l'environnement, les conditions de vie, tout le domaine de la protection, les migrations, pour ne citer que les domaines les plus importants. Quelle est la position de l'enfant dans ces procédures? Il peut être plaignant, il peut être victime, il peut être partie, il peut être auteur, il peut être témoin.

b) « ...soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié... »

Il y a deux aspects ici :

1. l'enfant ou son représentant expriment leur opinion
2. l'enfant doit être entendu de manière adaptée : cela signifie soit directement par le décideur, soit par un intermédiaire.

1) Par rapport à **l'expression directe** de l'enfant devant le juge ou l'autorité administrative, cela va dépendre évidemment de son âge et de son degré de maturité ; mais aussi de sa **volonté d'affronter lui-même** le faiseur de décision.

2) la question de l'audition directement par le décideur (juge) ou par une tierce personne a déjà été traitée plus haut.

c) «... de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.»

### **3.2. Les étapes à respecter pour assurer le droit de l'enfant d'être entendu**

Après cette analyse littérale, il semble possible d'identifier cinq étapes qui doivent être strictement respectées **pour** assurer le droit de l'enfant d'être entendu.

#### **a) Préparation (devoir d'information)**

La première étape est le droit de l'enfant **d'être informé** de sa situation : **ce droit d'être informé est essentiel lors de l'audition de l'enfant et il doit en être partie intégrante**. Le décideur doit préparer l'enfant de manière appropriée à l'exercice du recueil de son opinion, en lui expliquant comment cela va se passer, dans quel lieu et quel aménagement, par qui et selon quelles règles procédurales ; l'enfant doit être au courant de l'identité et qualité des participants.

#### **b) le recueil de l'opinion de l'enfant (partie technique)**

L'exercice du droit de l'enfant d'exprimer son opinion se concrétise par la possibilité pratique donnée à l'enfant de s'exprimer sur la question débattue, L'environnement dans lequel se pratique cette audition de l'enfant doit être particulièrement adapté aux conditions personnelles de l'enfant (âge, vulnérabilité, handicap...) et doit, dans la règle, se faire à huis clos.

#### **c) la détermination de la capacité de l'enfant d'exprimer sa propre opinion**

Le décideur, doit procéder à un examen individuel de la capacité de l'enfant d'exprimer son opinion et déterminer, eu égard à l'âge et au degré de maturité de l'enfant, quel poids particulier il va accorder à cette opinion dans sa démarche de prise de décision. Si l'enfant s'est exprimé de manière libre et qu'il a manifesté sa capacité d'avoir une opinion raisonnable, indépendante et objective, le décideur doit

accepter que cette opinion de l'enfant soit un facteur déterminant dans la décision à rendre.

#### **d) la décision**

La décision est de la compétence exclusive de l'adulte. Il faut absolument éviter de faire croire à l'enfant que c'est lui qui tranche ou le mettre dans une position où il ne peut pas s'exprimer librement.

#### **e) information sur la considération accordée à l'opinion de l'enfant (feed back)**

Une fois que la décision a été rendue, le décideur doit informer l'enfant du résultat de la procédure, notamment des différentes démarches accomplies, des intérêts en présence et du poids qu'il a accordé à l'opinion de l'enfant intéressé. Savoir la signification concrète donnée à son opinion est une composante intégrale du droit de l'enfant d'être entendu. C'est aussi une garantie que le recueil de l'opinion de l'enfant n'est pas seulement un prétexte, mais bien une opération sérieuse qui a des conséquences.

## **2. L'article 3, analyse**

En parlant de l'art. 3 dans cet article, nous n'envisageons que le par. 1 qui énonce le principe général 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."*

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

ne semble pas énoncer un droit subjectif : elle pose une sorte d'objectif idéal

***"L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale"***, autrement dit les décideurs doivent toujours viser le bien – être de l'enfant.

Ce principe n'est pas rédigé comme un droit qu'aurait l'enfant, mais comme une obligation posée à l'Etat d'examiner dans toutes les décisions qui concernent les enfants si l'intérêt de l'enfant a été envisagé.

## 2.1 Analyse littérale

« *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants...* » :

Ce membre de phrase utilise le pluriel (enfants) et indique que le législateur a voulu que dans les interventions qui touchent **tous les** enfants, on applique le critère général de l'intérêt de l'enfant. On indique donc « dans tous les enfants », à la fois le singulier de chaque enfant et le pluriel des enfants, lorsqu'ils forment un groupe déterminé et qu'ils sont identifiables (les enfants de telle classe) ou un groupe indéterminé (les enfants suisses). L'emploi du singulier aurait été plus restrictif.

"...*toutes les décisions...*"

Cette expression recouvre aussi un concept très général qui vise 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 (*all official actions*), le qualificatif anglais "official" semble indiquer que la décision doit venir d'une autorité (judiciaire, administrative, législative) et non d'une autorité privée (parents). On peut se poser légitimement la question si cette rédaction est opportune, car il nous semble que dans les interventions familiales, le même principe pourrait intervenir comme moyen de mesurer la décision. De notre avis, le législateur, par respect pour le principe établi à l'article 5 CDE (respect des responsabilités

familiales), n'a pas voulu entrer dans la sphère familiale pour souligner la responsabilité des parents; ceci n'exclut absolument pas l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en famille. Cela devrait même aller de soi que l'on vise aussi l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'une décision est prise à leur égard par les parents ou représentants légaux.

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

Cette désignation des instances comprend les autorités judiciaires et administratives qui doivent, dans toutes leurs décisions, appliquer ce principe. C'est le critère auquel elles doivent soumettre les cas qui appellent leurs décisions. Ce qui est le plus intéressant dans ce membre de phrase est 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*), toute la dimension politique qui 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.

*"...des institutions publiques ou privées..."*

Le législateur signifie ici la volonté 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), par contre la précision d'une application au secteur privé n'est pas inutile. Aussi les ONGs !

*"...l'intérêt supérieur (ou the best interests)..."*: soulignons d'abord le pluriel de cette locution en anglais qui est utilisé, à notre avis, comme une expression générale rattachée à la notion de "bien de l'enfant". Faut-il accorder une importance

particulière au qualificatif "*supérieur*"? Certaines critiques ont été bâties sur l'utilisation de ce superlatif, arguant que cela signifiait qu'en toutes circonstances, l'intérêt de l'enfant devait primer, car "supérieur" selon la traduction française à 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'autre corps social, aurait forcément toujours raison. Cette position est insoutenable car on comprend bien que l'enfant est une personne, membre de sa famille et membre de la communauté, 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 et au chiffre 2 de l'article 3. On peut d'ailleurs lire les paragraphes 2 et 3 de l'article 3 comme l'explication de l'intérêt supérieur de l'enfant puisque:

*Art. 3, par.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.*

*Art. 3, par.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. Cela 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, d'autres groupes de personnes...). Cet article établit l'obligation de considérer dans toutes décisions officielles l'intérêt supérieur de l'enfant; ce n'est pas un choix, c'est passage obligé.

## 2.2 Article 3 par. 1 CDE, fonction

Dès lors, l'article 3 par. 1 CDE joue deux rôles « classiques », celui de contrôler et celui de trouver des solutions<sup>8</sup>.

- Critère de contrôle : l'intérêt supérieur de l'enfant sert à veiller à ce que l'exercice des droits et des obligations vis-à-vis des enfants soit correctement effectué. Tous les domaines dans lesquels des décisions sont prises à l'égard des enfants sont concernés par cette fonction de contrôle. Ce qui débouche pour l'obligation de l'Etat d'assurer ce contrôle et sur le droit pour l'enfant de voir ce contrôle exercé dans les faits.

- Critère de solution : dans le sens où la notion même de l'intérêt de l'enfant doit intervenir pour aider les décideurs à envisager non seulement une solution, mais toutes les solutions possibles qui prennent en compte les divers intérêts en présence, puis de choisir entre plusieurs solutions, celle qui prendra en compte l'enfant dans le contexte donné et ses besoins particuliers, aujourd'hui et dans la perspective de son développement futur, dans la mesure où on peut raisonnablement l'envisager. Cette solution sera alors choisie car étant « dans l'intérêt de l'enfant ». C'est "la passerelle indispensable entre le droit et la réalité sociologique"<sup>9</sup>.

De ces deux fonctions, on peut déduire que **l'art. 3 ch. 1 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

---

<sup>8</sup> 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

<sup>9</sup> PICHONNAZ P., Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées), in KaufmannC, Ziegler F, Verlag Rüegger, Zürich/Chur, 2003, p. 163 (2.1)

conformément à ce principe d'interprétation. Si l'enfant n'a pas le droit à « son intérêt supérieur », il a le droit de voir toutes décisions qui le concernent examinées à l'aune de ce principe.

Dès lors, cette disposition impose une obligation claire aux Etats parties à la CDE : celle de mettre en place une ou des législations nationales pour permettre le respect du principe, dans tous les domaines concernés, ou d'adapter ses normes légales à cette nouvelle obligation. Celle aussi de mettre en place les mécanismes pour pouvoir examiner et prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants dès qu'une décision officielle doit être prise.

### **3. Le duo : art. 3 et art. 12 CDE**

#### **L'article 3 CDE et ses relations avec l'art 12**

Au terme de cette analyse, il paraît relativement clair qu'il y a plusieurs analogies entre eux au point de pouvoir parler d'un tandem ou d'un duo. Outre le fait que tous les droits de la Convention sont interdépendants, il me semble que dans le cas du principe de l'intérêt supérieur et du droit de l'enfant d'exprimer son opinion, nous avons une parenté très proche. En effet, il y a une construction semblable du mécanisme de mise en marche des dispositions et des tâches similaires attribuées à la personne qui doit prendre une décision à l'égard d'un enfant ou d'un groupe d'enfants.

#### a) Une construction commune

L'art 12 et l'art 3 connaissent la même construction :

- Ils donnent un véritable droit subjectif et concret à l'enfant qui est l'objet d'une décision de s'exprimer (art. 12) et de voir son intérêt pris en compte (art. 3)

- Ils obligent les décideurs à prendre des dispositions particulières pour évaluer la situation individuelle de chaque enfant, dans le processus qu'ils ont à suivre,
- De ce fait, ils doivent travailler avec le principe de l'individualisation, si important dans le domaine des droits de l'enfant où jamais une situation est véritablement identique à l'autre,
- Ils amènent le décideur à accorder une considération particulière à la parole de l'enfant ou à son intérêt supérieur, comme un élément important de leurs décisions
- Ils forcent les Etats parties à prévoir des législations ad hoc et des mécanismes spécifiques pour recueillir et interpréter la parole de l'enfant et pour rechercher des solutions qui doivent respecter l'intérêt de l'enfant,
- Ensemble, ils amènent à considérer l'enfant comme une personne à part entière qui a assez de compétences, malgré son jeune âge pour participer aux décisions prises à son égard et pour s'exprimer sur son propre intérêt,
- **Ils centrent l'attention sur l'enfant, même si des intérêts autres sont en jeu.**

#### b) Antagonisme ou complémentarité ?

L'article 3 CDE peut être envisagé sous l'angle d'une portée « protective », dans le sens où le décideur devrait intervenir plus pour rechercher le bien de l'enfant, notion liée au mouvement « assistentialiste » qui a prévalu durant de nombreuses décennies. Cependant, on ne peut pas voir l'article 3 CDE seulement sous cet angle ; ce serait méconnaître l'exigence de consulter les enfants dans toutes les décisions qui les concernent.

Le lien fait de l'art. 3 avec l'art. 12 CDE est simple : comment un décideur peut-il établir l'intérêt supérieur de l'enfant, sans prendre connaissance de l'opinion de l'enfant sur cette question fondamentale ? Le droit de l'enfant contenu dans l'article 12

s'étend également à toutes les situations où l'intérêt de l'enfant dans une décision à prendre est en jeu. Il paraît évident que la procédure pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant doit être basée d'abord sur la consultation de l'enfant et que cette consultation, pour autant que l'enfant ait la capacité d'exprimer valablement son opinion, doit être prise en considération de manière particulière.

De mon point de vue, il n'y a pas de tension(s) entre l'article 3 qui serait vu comme l'expression des préoccupations de protection de la CDE et l'article 12, qui serait lui, l'expression de la participation des enfants dans les processus décisionnels et qui fonderait le nouveau statut de l'enfant, sujet de droits. S'il est certain que les par. 2 et 3 de l'art 3 sont de portée clairement protectrices, par contre le par. 1 que nous avons analysé, mis en rapport avec l'article 12, sort de cette logique pour conforter le concept que l'enfant est plus qu'un enfant à assister, mais bien un enfant à faire interagir. Ces deux articles 3 par. 1 et 12 doivent être considérés comme complémentaires.

L'article 3 établit un idéal à atteindre : le bien – être de l'enfant ; l'art. 12 fixe une méthode simple pour le déterminer : permettre à l'enfant d'exprimer son opinion sur cette visée.

**Plutôt que de voir un antagonisme entre ces deux articles, il convient de souligner que l'art 12 CDE vient en appui de l'article 3 CDE en l'aidant à remplir ses deux fonctions et que l'article 3 CDE, en offrant la possibilité à l'enfant d'influencer l'établissement de son intérêt supérieur, grâce au poids accordé à son opinion, donne à l'article 12 toute sa justification et lui évite de n'être qu'un droit rhétorique.**

#### **4. Conclusion**

La Convention ouvre un champ d'exploration extraordinaire : celui de pouvoir intégrer, au fur et à mesure de leur développement, les moins de 18 ans dans la vie de leurs familles, des communautés, de la Cité. Ce processus de reconnaissance de droits attachés à leur personne et l'exercice de ceux-ci pour le bien commun est révolutionnaire dans le domaine des droits humains. D'autres angles de vues ont démontré depuis longtemps que l'enfant disposait de facultés exceptionnelles et pouvait être un agent de son propre développement. Mais le fait que le droit, grâce à l'instrument universel de la Convention, fasse passer l'enfant de la position d'objet de notre sollicitude d'adulte à celle de détenteur de droits personnels, signifie très clairement le démarrage d'une nouvelle dynamique démocratique.

Ecouter l'enfant pour déterminer quelle est la meilleure solution pour lui dans les situations de la vie judiciaire, administrative ou législative de la Cité est bien lui manifester l'intérêt que nous portons pour lui. C'est évidemment reconnaître ses besoins de protection et de prestations, mais c'est surtout reconnaître son statut de personne et non seulement d'adulte en devenir.