

# L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE



**L'intérêt supérieur  
de l'enfant –  
Un dialogue entre théorie  
et pratique**

Édition anglaise :  
*The best interest of the child –  
A dialogue between theory and practice*  
ISBN 978-92-871-8252-4

*Les vues exprimées dans cet ouvrage sont  
de la responsabilité des auteurs et ne reflètent  
pas nécessairement la ligne officielle  
du Conseil de l'Europe.*

Tous droits réservés. Aucun extrait de cette  
publication ne peut être traduit, reproduit  
ou transmis, sous quelque forme et par  
quelque moyen que ce soit – électronique  
(CD-Rom, internet, etc.), mécanique,  
photocopie, enregistrement ou de toute  
autre manière – sans l'autorisation préalable  
écrite de la Direction de la communication  
(F-67075 Strasbourg Cedex  
ou publishing@coe.int).

Couverture : SPDP, Conseil de l'Europe  
Photo de couverture : Shutterstock  
Mise en pages : JOUVE, France  
Édité par Milka Sormunen

Éditions du Conseil de l'Europe  
F-67075 Strasbourg Cedex  
<http://book.coe.int>

ISBN 978-92-871-8397-2

© Conseil de l'Europe, novembre 2017  
Imprimé dans les ateliers du Conseil de l'Europe

# Table des matières

---

<b>INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>CHAPITRE 1 – LA NOTION D'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT : RÉFLEXIONS GÉNÉRALES</b>	<b>9</b>
Présentation de l'Observation générale n° 14 : forces et limites, les points de consensus et de dissension apparus dans son élaboration – Jorge Cardona Llorens	11
La notion d'intérêt supérieur de l'enfant : qu'ajoute-t-elle aux droits fondamentaux des enfants ? – Nigel Cantwell	19
Interprétation et application de l'intérêt supérieur de l'enfant : principaux défis – Olga Khazova	29
L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit d'être entendu – Gerison Lansdown	33
Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents – Jacques Fierens	38
L'intérêt supérieur des enfants : une discussion sur les tensions fréquemment rencontrées – Eveline van Hooijdonk	42
<b>CHAPITRE 2 – ÉVALUATION, DÉTERMINATION ET SUIVI DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR</b>	<b>47</b>
Détermination de l'intérêt supérieur des enfants marginalisés au moyen d'une participation active – Urszula Markowska-Manista	49
Comment évaluer et déterminer l'intérêt supérieur des enfants sous l'angle de leur développement et de leur éducation – Margrite Kalverboer	62
L'évaluation de l'intérêt supérieur des enfants réfugiés à leur arrivée dans un pays – Carla van Os	73
Le suivi des décisions relatives à l'intérêt supérieur – Les systèmes conçus pour le suivi des décisions de renvoi peuvent-ils servir d'inspiration dans d'autres domaines ? – Hanne Op de Beeck	77
<b>CHAPITRE 3 – L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT DANS DIVERS CONTEXTES</b>	<b>81</b>
La notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans l'action du Conseil de l'Europe – Regina Jensdóttir	83
Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant dans les travaux de l'Union européenne – Margaret Tuite	88
Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue d'un praticien – Tam Baillie	92
Quel est l'apport des enfants et des jeunes dans la mise en œuvre de leur intérêt supérieur ? – Johanna Nyman	96
Balises éthiques et cadre déontologique pour une décision respectueuse de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le point de vue d'un défenseur d'enfants – Bernard De Vos	99
L'intérêt supérieur de l'enfant et les difficultés auxquelles est confrontée la société civile – Jana Hainsworth	103

**CHAPITRE 4 – L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT DANS LES AFFAIRES FAMILIALES 107**

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires familiales – Aida Grgić	109
Comment garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale dans l'action sociale ? – Cristina Martins	121
L'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions de retrait d'un enfant – Une perspective parlementaire – Valeriu Ghilețchi	126
Regards d'enfants sur l'incarcération : mise en place d'un groupe d'expression d'enfants de parents ou proches incarcérés – Astrid Hirschelmann	131
L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la connaissance de ses origines – Géraldine Mathieu	136
Conclusion	140

**ANNEXES 143**

Annexe I – Discours présentés lors de la Conférence européenne sur l'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique (Bruxelles, 9-10 décembre 2014)	145
Discours de Koen Geens, ministre de la Justice, Belgique	145
Discours de Sven Gatz, ministre flamand de la Culture, des Médias, de la Jeunesse et des Affaires bruxelloises, Belgique	147
Discours de Rudy Demotte, ministre-président en charge de la coordination de la politique du gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles relative à la réalisation des droits de l'enfant, Belgique	149
Discours de Torbjørn Frøysnes, ambassadeur, chef du Bureau de liaison du Conseil de l'Europe auprès de l'Union européenne	152
Annexe II – Conclusions de la Conférence européenne sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de la célébration du 25 <sup>e</sup> anniversaire de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (Bruxelles, 9-10 décembre 2014)	155
Annexe III – Résumés analytiques des articles	159

# Introduction

---

Nous en avons tous entendu parler, mais nous ne savons pas vraiment ce qu'il signifie – ou le savons-nous ? Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est essentiel, mais vaste et imprécis. Apparu il y a longtemps, il a gagné en importance lorsqu'il a été consacré par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant<sup>1</sup>, dont l'article 3, paragraphe 1, est ainsi libellé :

« 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. »

Qu'est-ce que cela signifie dans la pratique ? Comment interpréter et appliquer ce principe ?

Les autorités belges et le Conseil de l'Europe ont souhaité mettre en lumière le rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant et développer les dispositions normatives qui encadrent cette notion, les règles déontologiques et éthiques y afférentes, et les règles procédurales qui l'accompagnent. Ainsi, dans le cadre de la présidence belge du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et en collaboration avec la Division des droits de l'enfant du Conseil de l'Europe, la Conférence européenne centrée sur « l'intérêt supérieur de l'enfant » et intitulée « Un dialogue entre théorie et pratique » a été organisée les 9 et 10 décembre 2014 à Bruxelles, faisant le lien entre le 25<sup>e</sup> anniversaire de la CIDE et la Journée des droits de l'homme.

La conférence figurait parmi les priorités que s'était fixée la présidence belge au titre du pilier « Promotion et réalisation des droits de l'homme ». Elle visait à mieux appréhender une notion essentielle, mais vaste et imprécise, dont l'importance est incontestable pour les droits de l'enfant. En organisant cette conférence, nous souhaitions ouvrir et encourager la discussion afin de diffuser notre savoir et de mieux faire appréhender la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est en effet capital, pour les droits fondamentaux de l'enfant en général, d'explicitement une telle notion et de la mettre en œuvre dans la pratique. Entre autres défis majeurs, il s'agissait de mobiliser les décideurs autour de l'intérêt supérieur de l'enfant afin que cet intérêt devienne effectivement une considération primordiale dans leurs

---

1. Ou Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion des États par la Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 novembre 1989. La CIDE est entrée en vigueur le 2 septembre 1990, en application de son article 49.

décisions quotidiennes. Les juges, les intervenants psychosociaux, les psychologues, les pédagogues et les autres professionnels de l'enfance et de la jeunesse doivent avoir en main les outils nécessaires pour pouvoir évaluer et déterminer l'intérêt de l'enfant. Ils doivent aussi comprendre ce que revêt la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour pouvoir prendre de bonnes décisions, respectueuses des droits fondamentaux de l'enfant.

La conférence s'est penchée sur les défis que la mise en œuvre concrète du principe d'intérêt supérieur de l'enfant pose aux acteurs décisionnels. Le groupe cible de la conférence était constitué d'experts, de décideurs politiques et de professionnels participant aux décisions qui influent sur la vie des enfants, ainsi que de représentants des principales institutions et organisations non gouvernementales européennes de défense des droits de l'enfant. Chaque État membre du Conseil de l'Europe avait été invité à désigner une délégation de deux représentants. Pour la Belgique, ainsi que pour le Conseil de l'Europe, il était essentiel que tous les partenaires, experts, décideurs et professionnels, mais aussi les enfants, aient la possibilité de s'exprimer et de participer à la discussion. L'organisation de la conférence a été un moyen de réunir tout un éventail d'acteurs et de confronter théorie et pratique avec efficacité.

La présente publication porte sur les principaux thèmes abordés lors de la conférence et met en lumière différents aspects du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle réunit ainsi 21 interventions, qui exposent chacune un point de vue différent. Pris conjointement, ces articles permettent d'avoir une vision complète de ce principe, avec ses multiples facettes.

Cette publication est structurée en quatre chapitres traitant de l'intérêt supérieur de l'enfant de différents points de vue. Le premier chapitre présente des considérations d'ordre général sur l'intérêt supérieur de l'enfant, qui permettent de mieux comprendre le cadre réglementaire et l'application de cette notion. Jorge Cardona Llorens, membre du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, examine les forces et les limites de l'Observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale. Nigel Cantwell apporte un point de vue critique et se demande ce que le principe d'intérêt supérieur de l'enfant ajoute aux droits fondamentaux de l'enfant. Olga Khazova, également membre du Comité des droits de l'enfant, présente le cadre juridique dans lequel ce principe s'applique. Gerison Lansdown analyse le lien entre l'intérêt supérieur et la participation de l'enfant, et Jacques Fierens compare l'intérêt supérieur de l'enfant à un point de repère lumineux, à l'image de l'étoile polaire. Eveline van Hooijdonk présente une étude réalisée par le Centre de connaissance des droits de l'enfant (KeKi).

Le deuxième chapitre porte sur le processus d'évaluation, de détermination et de suivi de l'intérêt supérieur de l'enfant. Quels outils pouvons-nous utiliser pour évaluer, déterminer et appliquer ce principe ? Comment faire participer l'enfant à ce processus afin de satisfaire pleinement aux exigences de la CIDE ? Urszula Markowska-Manista aborde le cas des enfants marginalisés et revient sur l'héritage de Janusz Korczak. Margrite Kalverboer présente un modèle de l'intérêt supérieur de l'enfant qui peut se révéler utile dans la pratique et Carla van Os examine les possibilités d'application de ce modèle aux enfants réfugiés nouvellement arrivés. Hanne Op de Beek s'interroge

sur l'inspiration que pourraient fournir les systèmes de suivi des décisions de retour pour développer d'autres systèmes de suivi.

Le troisième chapitre met en lumière l'applicabilité, dans divers contextes, d'une notion aussi indéfinie que celle d'intérêt supérieur de l'enfant. Regina Jensdóttir, responsable de la Division sur les droits de l'enfant, présente cette notion du point de vue du Conseil de l'Europe. La coordinatrice de la Commission européenne pour les droits de l'enfant, Margaret Tuite, s'intéresse à la place de cette notion dans les activités de l'Union européenne, et Tam Baillie, Commissaire écossais aux enfants et aux jeunes, présente son point de vue de défenseur des droits de l'enfant. Johanna Nyman, présidente du Forum européen de la jeunesse, examine la notion d'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue des jeunes et de leurs droits. Bernard De Vos, délégué général aux droits de l'enfant de la Fédération Wallonie-Bruxelles (Belgique), revient sur les conditions à réunir pour prendre des décisions respectueuses des droits de l'enfant et sur son expérience de défenseur. Jana Hainsworth, Secrétaire générale d'Eurochild, examine l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte des problèmes pratiques auxquels la société civile se heurte aujourd'hui.

Le quatrième chapitre porte sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires familiales, thème central de la conférence. Aida Grgić, juriste à la Cour européenne des droits de l'homme, analyse l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour relative aux affaires familiales. Cristina Martins, présidente de la Fédération internationale des travailleurs sociaux, Région Europe (FITS), s'intéresse à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de l'action sociale, et Valeriu Ghilețchi, président de la commission des questions sociales, de la santé et du développement durable de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, expose les problèmes qui se posent quand on sépare des enfants de leur famille. Astrid Hirschelmann présente un projet sur les enfants ayant un parent incarcéré, et Géraldine Mathieu examine l'intérêt supérieur de l'enfant en relation avec le droit de connaître ses origines.

Enfin, les annexes à cette publication exposent les discours complets de trois ministres belges et du chef du Bureau de liaison du Conseil de l'Europe auprès de l'Union européenne, ainsi que les conclusions de la conférence et les résumés analytiques des contributeurs à cette même conférence.

L'Histoire a montré que les temps de crise – économique, financière, sociale, environnementale – sont préjudiciables aux enfants et aux jeunes, et mettent à mal la défense et la promotion de leurs droits. Or, c'est justement dans ces périodes que les enfants doivent demeurer au cœur des préoccupations des décideurs. Que nous l'admettions ou non, l'intérêt supérieur de l'enfant occupe une place centrale dans le domaine des droits de l'enfant. Quand bien même nous refuserions ce principe, le fait est qu'il s'agit d'une disposition essentielle d'une convention internationale contraignante ; nous devons donc en tenir compte. Si nous voulons appréhender pleinement les droits de l'enfant, il est impératif d'accorder une attention particulière à l'intérêt supérieur de celui-ci.

Puisse cette publication captiver tout votre intérêt et nourrir le dialogue entre théorie et pratique, engagé avec tant de succès lors de la conférence.

*Belgique*

*Conseil de l'Europe*



## Chapitre 1

# **La notion d'intérêt supérieur de l'enfant : réflexions générales**

---



# Présentation de l'Observation générale n° 14 : forces et limites, les points de consensus et de dissension apparus dans son élaboration

---

**Jorge Cardona Llorens**

*Professeur de droit international public, université de Valence,  
membre du Comité des droits de l'enfant<sup>2</sup>*

Écrire à propos de l'intérêt supérieur de l'enfant est pour moi une tâche relativement facile, parce que j'ai déjà présenté dans de nombreuses conférences l'Observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant. Mais cette fois, le défi est très différent ; le but de ce texte est de présenter des questions et des préoccupations actuelles concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, et l'interprétation du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies dans l'Observation générale n° 14. Dans cet article, j'essaie d'identifier les forces et les faiblesses de l'observation générale, les points de consensus et de dissidence qui sont apparus au cours de sa rédaction, et les difficultés à réaliser *in concreto* l'intérêt supérieur de l'enfant dans le processus décisionnel.

Ce n'est pas une tâche facile. En premier lieu, parce que je dois garder la confidentialité des délibérations au sein du comité. En second lieu, parce que ce que j'essaie normalement de faire est de mettre l'accent sur les points forts de l'Observation générale et les avantages de sa mise en œuvre, non sur les points faibles.

J'ai décidé de me concentrer sur quatre questions : premièrement, l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que concept juridique indéterminé, mais pas discrétionnaire ; deuxièmement, les problèmes pour évaluer et déterminer l'intérêt supérieur des enfants lors de l'adoption de mesures générales ; troisièmement, le rapport entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les autres intérêts légitimes en présence ; et, finalement, les conséquences du maintien de la triple nature juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que droit, principe juridique et règle de procédure.

---

2. Ce texte exprime l'avis de l'auteur et pas nécessairement l'avis du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies.

## L'intérêt supérieur de l'enfant en tant que concept juridique indéterminé mais pas discrétionnaire

---

D'abord, je me concentre sur l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que concept juridique indéterminé mais pas discrétionnaire. Quand je suis arrivé au comité en 2011, le président du comité m'a demandé de choisir les groupes de travail auxquels je voulais participer. J'en ai choisi trois : le groupe de travail sur l'intérêt supérieur de l'enfant, le groupe de travail sur les obligations des États concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant et le groupe sur la réforme des méthodes de travail du comité. En principe, les deux derniers devaient commencer leur travail l'année 2011 et le premier, sur l'intérêt supérieur, était en train de finir ses travaux.

Le président m'a donné le texte que le comité avait déjà rédigé et m'a demandé mon opinion sincère. Après une première lecture et parce qu'on m'avait demandé d'être sincère, j'ai indiqué que le texte ne me plaisait pas. « Pourquoi ? », m'a demandé le président. « Parce qu'à la lecture du document je ne trouve pas de critères pour évaluer et déterminer l'intérêt d'un enfant dans une situation donnée », a été ma réponse. Après avoir entendu ma réponse, le président m'a dit : « Très bien Jorge. Ton avis coïncide avec plusieurs avis que nous avons reçus les dernières semaines. Étant donné que tu es le nouveau dans le groupe de travail, tu seras le rapporteur pour réviser le texte de manière à ce qu'il réponde à la question que tu as posée. »

Quelle est la question de fond ? Il est vrai que le concept d'intérêt supérieur de l'enfant est adaptable à la situation de chaque enfant et à l'évolution des connaissances sur le développement de l'enfant. Mais, comme nous l'avons souligné dans l'observation générale :

« cette souplesse laisse toutefois la porte ouverte à des manipulations ; le concept d'intérêt supérieur de l'enfant a été utilisé abusivement : par des gouvernements et d'autres pouvoirs publics pour justifier des politiques racistes, par exemple ; par des parents pour défendre leurs propres intérêts dans des différends relatifs à la garde ; par des professionnels qui n'en ont cure et refusent d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant en le qualifiant de non pertinent ou de dénué d'importance »<sup>3</sup>.

Ma première obsession a donc été celle-là : certes l'intérêt supérieur de l'enfant est un concept dynamique, qui embrasse diverses questions en constante évolution ; un concept juridique indéterminé, qu'on doit déterminer au cas par cas. Cependant, il faut être clair sur le fait qu'il ne s'agit en aucun cas d'un concept discrétionnaire.

La phrase que j'ai écrite dans la partie supérieure de mon tableau noir dans mon bureau a été la suivante : pour une même décision, l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de cinq enfants différents devraient nous amener à cinq déterminations différentes (étant donné qu'il n'y a pas deux mêmes enfants, dans les mêmes circonstances et dans la même situation). Mais l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur d'un seul enfant faites par cinq adultes de manière individuelle dans l'adoption d'une décision, devraient arriver au même résultat.

---

3. Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (article 3, paragraphe 1 [de la CIDE]) (CRC/C/GC/14), paragraphe 34.

En d'autres termes, bien que l'intérêt supérieur de l'enfant soit un concept juridique indéterminé, son évaluation et sa détermination doivent être fondées sur des critères objectifs. Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant vise à assurer tant la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus par la CIDE que le développement global de l'enfant. En conséquence, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas ce que je pense être le mieux pour un enfant, mais ce qui, objectivement, assure à l'enfant tant la réalisation complète et effective de tous ses droits reconnus dans la CIDE que son développement global. Ce raisonnement explique la partie V de l'observation générale dénommée « Application : évaluation et détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ». Le comité ne s'est pas contenté de dire que l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être une opération unique qui doit être effectuée dans chaque cas particulier au regard des circonstances propres à chaque enfant, mais il a aussi essayé de montrer le chemin pour le faire.

C'est là que commencent les problèmes ! Quelles circonstances doivent être prises en compte ? Quels sont les éléments qui doivent être considérés pour les évaluer ? Quels garde-fous procéduraux doivent être mis en place pour évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant lors de la prise de décisions qui le concernent ?

L'observation générale liste les circonstances, les éléments et les sauvegardes que le comité a décidé de proposer aux États pour chaque cas. Cependant, comme il est dit de manière explicite dans l'observation générale, il s'agit de :

« une liste non exhaustive et non hiérarchisée des éléments à évaluer par toute autorité décisionnaire amenée à déterminer quel est l'intérêt supérieur d'un enfant. Le caractère non exhaustif de cette liste ménage la possibilité d'aller au-delà des éléments y figurant et de prendre en considération d'autres facteurs entrant en jeu dans la situation particulière de l'enfant ou du groupe d'enfants concernés. Tous les éléments de la liste doivent être pris en considération et pesés eu égard aux circonstances propres à chaque situation. Cette liste devrait fournir des orientations concrètes tout en ménageant une certaine souplesse »<sup>4</sup>.

Parmi les éléments dont il faut tenir compte, figurent : l'opinion de l'enfant ; l'identité de l'enfant ; la préservation du milieu familial et le maintien des relations familiales ; la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant ; les situations de vulnérabilité ; le droit de l'enfant à la santé ; ou encore le droit de l'enfant à l'éducation. De l'avis du comité :

« l'évaluation de base de l'intérêt supérieur de l'enfant est une évaluation générale de l'ensemble des éléments pertinents dudit intérêt supérieur, le poids de chacun de ces éléments étant fonction des autres (...) La teneur de chaque élément varie nécessairement d'un enfant à l'autre et d'un cas à l'autre, en fonction du type de décision à prendre et des circonstances concrètes de l'espèce, de même que varie le poids de chaque élément dans l'évaluation globale »<sup>5</sup>.

S'agissant de l'équilibre entre ces différents éléments, le comité a identifié trois situations à prendre en compte :

a) Premièrement, le cas dans lequel les divers éléments pris en considération pour évaluer l'intérêt supérieur dans un cas donné et les circonstances qui lui sont propres

---

4. Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale n° 14 (2013), paragraphe 50.

5. *Ibid.*, paragraphe 80.

sont en conflit (par exemple le conflit entre le souci de préserver le milieu familial et l'impératif de protéger l'enfant contre le risque de violence ou de maltraitance de la part de ses parents). C'est-à-dire l'équilibre entre les éléments, circonstances et facteurs à prendre en compte.

b) Deuxièmement, les problèmes qui se présentent quand des facteurs liés au souci de protéger l'enfant (pouvant impliquer une limitation ou une restriction des droits) doivent être évalués par rapport à des mesures d'autonomisation (impliquant le plein exercice des droits, sans restriction). C'est-à-dire l'équilibre entre la protection et l'autonomisation de l'enfant.

c) Troisièmement, la question dérivée du caractère évolutif des capacités de l'enfant et la nécessité que les décisionnaires envisagent des mesures pouvant être revues ou ajustées en conséquence plutôt que de prendre des décisions définitives et irréversibles. Et, à la fois, la nécessité d'évaluer la continuité et la stabilité de la situation actuelle et future de l'enfant. C'est-à-dire l'équilibre entre l'enfant en tant que sujet en évolution et la nécessité de stabilité pour l'enfant.

Un équilibre, en premier lieu pour la sélection des circonstances, éléments et sauvegardes pertinents. Un équilibre, en deuxième lieu, entre la protection et l'autonomisation. Et un équilibre, en troisième lieu dans la mise en balance de tous les éléments considérés.

Mais je reconnais qu'ici nous pourrions trouver des points faibles : est-ce que le comité a trouvé effectivement ces équilibres ? Les critères signalés sont-ils suffisants ?

## **Évaluation et détermination de l'intérêt supérieur des enfants lors de l'adoption de mesures générales**

---

La deuxième question que je voudrais aborder est le rapport entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'intérêt supérieur des enfants (l'intérêt supérieur individuel et l'intérêt supérieur collectif) : comment évaluer et déterminer l'intérêt supérieur des enfants lors de l'adoption de mesures générales ?

Le lecteur aura apprécié que je parle à chaque fois de l'évaluation et de la détermination de l'intérêt supérieur d'un enfant lors d'une décision individuelle. Mais, l'article 3, paragraphe 1, de la CIDE ne parle pas seulement des décisions individuelles. Le paragraphe 1 de l'article 3 vise à faire en sorte que le droit en question soit garanti dans toutes les décisions et actions qui concernent les enfants. Cela signifie que, dans toute décision concernant un enfant ou des enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Le terme « décision » ne s'entend pas uniquement des décisions individuelles, mais aussi de tous les actes, conduites, propositions, services, procédures et autres mesures. C'est la raison pour laquelle il est question non seulement des décisions des organes administratifs ou des tribunaux, mais aussi des organes législatifs.

Mais si nous avons dit qu'il n'y a pas deux enfants semblables, que l'intérêt supérieur d'un enfant est différent de l'intérêt supérieur d'un autre enfant, comment est-il possible d'évaluer et de déterminer l'intérêt supérieur des enfants en général ? Et, s'agissant des mesures générales d'application, quelle doit être la procédure pour

veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans la législation et dans l'élaboration et l'exécution des politiques à tous les échelons des pouvoirs publics ? Nous ne pouvons clairement pas utiliser la même procédure que pour une décision individuelle.

La position finale du comité sur ce point a été que ce cas :

« exige un processus continu d'étude d'impact des décisions sur les enfants destiné à déterminer les répercussions de toute proposition de loi, de politique ou de crédit budgétaire sur les enfants et l'exercice de leurs droits, ainsi qu'un processus d'évaluation de ces répercussions permettant de mesurer l'impact effectif de l'application des décisions »<sup>6</sup>.

« Une étude de l'impact sur les droits de l'enfant vise à prévoir les répercussions de tout projet de politique, loi, règlement ou décision budgétaire ou autre décision administrative ayant une incidence sur les enfants et l'exercice de leurs droits et devrait compléter le dispositif en place de suivi et d'évaluation de l'impact des mesures prises sur les droits de l'enfant. L'étude de l'impact sur les droits de l'enfant doit faire partie intégrante des processus gouvernementaux à tous les niveaux et intervenir le plus tôt possible dans l'élaboration des politiques et autres mesures générales afin d'assurer une bonne gouvernance en matière de droits de l'enfant. »<sup>7</sup>

Naturellement, affirmer que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions collectives exige des États de faire des études d'impact de toutes leurs décisions n'est pas facile à être accepté par les États. Mais, et c'est là le deuxième point important, existe-t-il une autre manière de le faire ? Et, en tout cas, l'étude d'impact suffit-elle à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur des enfants avant l'adoption d'une mesure d'ordre général ?

## **Rapport entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les autres intérêts légitimes en présence**

---

La troisième question que je veux souligner est le rapport entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les autres intérêts légitimes en présence. Il y a un danger de conflit entre l'intérêt supérieur des enfants et l'intérêt public ou l'intérêt d'autres acteurs. Quels critères faudrait-il appliquer dans ces situations ? Nous voilà arrivés à une question qui a suscité de vifs débats dans la rédaction de l'observation générale : la collision de l'intérêt supérieur de l'enfant avec d'autres intérêts.

D'abord, il est important de demander si l'intérêt supérieur de l'enfant doit être « une » considération ou « la » considération primordiale. Je ne crois pas violer la confidentialité des travaux du comité en affirmant que cette question a été l'une des plus discutées au sein du comité. Finalement, comme l'indique l'observation générale :

« le Comité reconnaît cependant la nécessité d'un certain degré de souplesse dans son application. L'intérêt supérieur de l'enfant – une fois évalué et déterminé – peut être en conflit avec d'autres intérêts ou d'autres droits (par exemple ceux d'autres enfants, du public, des parents, etc.). Les conflits potentiels entre l'intérêt supérieur d'un enfant, pris individuellement, et celui d'un groupe d'enfants ou des enfants en général doivent être résolus au cas par cas, en mettant soigneusement en balance les intérêts de toutes les parties et en trouvant

---

6. *Ibid.*, paragraphe 35.

7. *Ibid.*, paragraphe 99.

un compromis acceptable. Il convient de procéder de même si les droits d'autres personnes sont en conflit avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Si une harmonisation est impossible, les autorités et les responsables devront analyser et mettre en balance les droits de toutes les parties concernées, en ayant à l'esprit que le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres seulement. Il convient donc d'attribuer un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant »<sup>8</sup>.

Bien sûr, il s'agit de belles paroles. Mais, après sa lecture, la manière de résoudre un conflit entre l'intérêt de l'enfant et un autre intérêt en présence est-elle claire ?

Il y a clairement des situations plus faciles que d'autres. Par exemple, en matière d'adoption (art. 21), le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est encore renforcé ; il ne doit pas être simplement « une considération primordiale », mais « la considération primordiale ». L'intérêt supérieur de l'enfant doit, de fait, être le facteur déterminant dans les décisions relatives à l'adoption, mais aussi dans d'autres domaines. C'est le cas de l'article 9 – séparation d'avec les parents ; l'article 10 – réunification familiale ; l'article 37.c – détention des enfants séparément des adultes dans les lieux de détention ; et le paragraphe 2.b.iii de l'article 40 – garanties de procédure, notamment présence des parents aux audiences dans les affaires pénales concernant des enfants en conflit avec la loi. Dans tous ces cas, la convention fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur d'autres intérêts.

Mais il existe un grand nombre d'autres situations non prévues. Le comité a essayé de proposer certaines réflexions pour régler les conflits. Permettez-moi de souligner trois d'entre elles :

a) En premier lieu, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être évalué en tout cas. Comme indiqué dans l'observation générale :

« L'expression « doit être » impose aux États une obligation juridique stricte et signifie qu'ils n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant et de lui attribuer le poids requis en tant que considération primordiale dans toute mesure qu'ils adoptent. »<sup>9</sup>

b) En deuxième lieu :

« L'expression « considération primordiale » signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que toutes les autres considérations. Cette position forte est justifiée par la situation particulière de l'enfant : dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix. Les enfants ont moins de possibilités que les adultes de défendre vigoureusement leurs propres intérêts et ceux qui sont associés aux décisions qui les concernent doivent connaître précisément leurs intérêts. Si les intérêts des enfants ne sont pas mis en exergue, ils tendent à être négligés. »<sup>10</sup>

c) En troisième lieu :

« Pour considérer l'intérêt supérieur de l'enfant comme « primordial », il faut être conscient de la place que l'intérêt de l'enfant doit occuper dans toutes les actions et avoir la volonté de donner la priorité à ces intérêts en toute circonstance, mais en particulier lorsqu'une action a une incidence indéniable sur les enfants concernés. »<sup>11</sup>

---

8. *Ibid.*, paragraphe 39.

9. *Ibid.*, paragraphe 36.

10. *Ibid.*, paragraphe 37.

11. *Ibid.*, paragraphe 40.

En conclusion, en cas de collision entre l'intérêt supérieur de l'enfant et d'autres intérêts en présence, le décideur doit mettre soigneusement en balance les intérêts de toutes les parties en trouvant un compromis acceptable. Si une harmonisation est impossible, les autorités et les responsables devront analyser et mettre en balance les droits de toutes les parties concernées, en ayant à l'esprit que le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres. Malgré tout, je dois reconnaître que sur cette troisième question le comité ne donne pas de critères très précis pour adopter la décision. Et la question qui se pose est la suivante : Est-ce que cela n'est pas possible ?

### **Conséquences du maintien de la triple nature juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que droit, principe juridique et règle de procédure**

---

Ma quatrième et dernière question concerne la nature juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette question est discutée au début de l'observation générale qui commence par dire que l'intérêt supérieur de l'enfant est un droit, un principe et une règle de procédure. Cette définition est spécialement importante. L'intérêt supérieur de l'enfant a été traditionnellement vu comme un principe juridique interprétatif : si une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations, il convient de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant.

Mais l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas seulement un principe juridique. Il est, fondamentalement, un droit subjectif. L'enfant a le droit à ce que son intérêt supérieur soit évalué et à ce qu'il soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions concernant un enfant, un groupe d'enfants défini ou non ou les enfants en général. Et il s'agit d'un droit directement applicable (en anglais, *self-executing*), alors il peut être invoqué devant un tribunal. Cette question explique le changement de titre de l'observation générale au dernier moment. Le titre final de l'observation générale n'est pas « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant », mais « le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale ».

Mais, pour pouvoir demander le respect de ce droit, le titulaire du droit (ou son représentant) doit connaître quels ont été les facteurs, les éléments, les circonstances qui ont été évalués par le décideur. Cela amène logiquement à la troisième nature du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant comme règle de procédure :

« Quand une décision qui aura des incidences sur un enfant en particulier, un groupe défini d'enfants ou les enfants en général doit être prise, le processus décisionnel doit comporter une évaluation de ces incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés. L'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant requièrent des garanties procédurales. En outre, la justification d'une décision doit montrer que le droit en question a été expressément pris en considération. À cet égard, les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels. »<sup>12</sup>

---

12. Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale n° 14 (2013), paragraphe 6.c.

En tant que règle de procédure, les États sont tenus de mettre en place des dispositifs formels, assortis de garanties procédurales rigoureuses, destinés à évaluer et à déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant lors de la prise de décisions qui le concernent, y compris des mécanismes d'évaluation des résultats. Les États sont tenus de concevoir des dispositifs transparents et objectifs pour toutes les décisions que prennent les législateurs, les juges ou les autorités administratives, en particulier dans les domaines qui intéressent directement les enfants.

En ce sens, le comité invite les États et toutes les personnes en position d'évaluer et de déterminer l'intérêt supérieur d'un enfant à porter une attention spéciale à certaines sauvegardes et garanties comme le droit de l'enfant d'exprimer son opinion ; l'établissement des faits ; la perception du temps ; la participation de professionnels qualifiés ; une représentation juridique adéquate pour l'enfant ; que toute décision concernant un ou des enfants soit motivée, justifiée et expliquée ; ou encore l'existence des mécanismes permettant de contester ou de réviser une décision concernant un enfant si elle ne semble pas avoir été prise conformément à la procédure appropriée d'évaluation et de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cette triple nature (droit, principe et règle de procédure) est la clé pour comprendre la vision qu'a le comité de l'intérêt supérieur de l'enfant. À mon avis, cette vision est un des principaux apports de l'observation générale, et ses conséquences permettront à long terme d'arriver au changement de paradigme sur l'enfant contenu dans la convention – à savoir que l'enfant cesse d'être considéré par l'ordre juridique comme un objet de protection, mais qu'il soit considéré comme un sujet de droit à part entière avec toutes les conséquences qui en découlent.