

DES DROITS APPLIQUÉS ?

LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT
DEVANT LES TRIBUNAUX

RAPPORT DE RECHERCHE

Remerciements

CRIN est un réseau mondial de plaidoyer pour les droits de l'enfant. Créé en 1995, CRIN plaide pour les droits des enfants plutôt que pour la charité à leur égard et œuvre pour un changement réel dans la manière dont les gouvernements et les sociétés voient et traitent les enfants. Nous sommes en lien avec près de 3 000 organisations qui œuvrent pour les droits de l'enfant dans tous les pays du monde et qui s'appuient sur nos publications, recherches et sur les informations que nous partageons.

CRIN tient à remercier les nombreux avocats sans le soutien desquels ce projet n'aurait pas pu voir le jour. CRIN remercie en particulier Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP pour leur soutien inestimable et continu grâce auquel la base de données sur la CDE dans les tribunaux est enrichie en résumés de décisions.

Version anglaise illustrée par Miriam Sugranyes Coca.

Modèle de rapport conçu par Remember Creative.

Publié pour la première fois en janvier 2018.

Version française traduite par les étudiants du Master de traduction spécialisée multilingue de l'Université Grenoble-Alpes, France (2017-2018).

Pour une version complète incluant illustrations et graphiques, se référer à la version en anglais disponible à cette adresse : www.crin.org/en/node/43452/.

(c) Child Rights International Network 2018.

Child Rights International Network (CRIN, Réseau international des droits de l'enfant) est enregistré au Royaume-Uni et réglementé par *Companies House* et la *Charity Commission*. (Société à responsabilité limitée par garanties n° 6653398, Organisation caritative n° 1125925.)

Ce rapport est fourni à titre informatif et éducatif et ne doit pas être interprété comme un document juridique. CRIN décline toute responsabilité en cas de perte, dommage, frais ou dépense découlant de la consultation ou de l'utilisation des informations contenues dans ce rapport.

CRIN encourage l'utilisation de cette publication à titre personnel et éducatif et concède sa reproduction dans ce but uniquement, à condition que la source soit correctement indiquée.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	3
I. Introduction	4
II. Méthodologie	5
III. La CDE, outil des juridictions internes	6
IV. Intérêt supérieur de l'enfant	17
V. Droit à être entendu	23
VI. Privation de liberté	27
VII. Conclusion	32

AVANT-PROPOS

Une jurisprudence de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) est toujours en cours d'élaboration. La CDE ayant été ratifiée par tous les Etats à l'exception d'un seul, peut-on espérer que les juridictions internes du monde entier se dirigent dans leurs décisions vers une compréhension commune des droits de l'enfant ?

CRIN a commencé à construire une base de données sur la CDE dans les tribunaux en 2009. Celle-ci rassemblait 354 affaires au moment de cette étude en 2017. La base de données compile des décisions se fondant sur la CDE venant du monde entier, et les rend disponibles pour les activistes et les avocats qui défendent les droits des enfants tout autour du globe. Ce rapport va bien plus loin que le simple partage d'informations : il tire une analyse de cette collection d'affaires, se basant sur celles qui se fondent sur la CDE d'une manière significative. L'analyse de CRIN mesure la compatibilité de ces décisions avec la CDE dans sa totalité, et avec son application par le Comité des droits de l'enfant dans ses Observations générales et ses recommandations aux États. Le rapport donne une vision fascinante de la manière dont les tribunaux utilisent la CDE, et les résultats sont équivoques.

De façon positive, il y a des exemples marquants de juridictions qui donnent tout leur sens aux dispositions de la CDE, et qui offrent des citations qui peuvent être utilisées ailleurs comme précédent. D'un point de vue négatif, il y a des exemples où les juridictions internes n'ont fait que mentionner la CDE du bout des lèvres (en particulier pour ce qui est de l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant), et dont les décisions ne satisfont pas à l'esprit de la CDE. L'analyse de CRIN se confronte à des contextes complexes, dans des pays de tradition dualiste qui sont plus enclins à utiliser la CDE pour interpréter leur propre droit constitutionnel et leur législation, tandis que dans les systèmes monistes, la CDE a plus de chances d'être appliquée plus directement.

Une découverte surprenante cependant est le fait que la division n'est pas aussi claire que l'on pourrait penser. La manière dont les tribunaux utilisent la CDE dépend de bon nombre d'autres facteurs tels que les constitutions et le droit interne. Il est également intéressant de constater que bien que les États-Unis n'aient pas ratifié la CDE, ses dispositions ont été mentionnées dans la jurisprudence de la Cour suprême. Est-ce là la preuve que la CDE fait désormais partie du droit international coutumier ?

CRIN donne ici aux activistes et juristes une analyse qui les invite à réfléchir, et qui, nous l'espérons, n'est que la première de bien des recherches exploratoires visant à exploiter le précieux filon d'informations qu'est la base de données. Je suis certaine que les praticiens et chercheurs seront incités par leur lecture à explorer plus avant la quantité d'affaires contenues dans la base. La publication de ce rapport arrive à point nommé alors que le Comité des droits de l'enfant commence à développer sa propre jurisprudence grâce, au troisième Protocole à la CDE.

Ann Skelton

Membre du Comité des Nations unies sur les droits de l'enfant et Directrice du Centre for Child Law à l'Université de Pretoria, Afrique du Sud.

I. INTRODUCTION

Depuis son entrée en vigueur il y a 28 ans, la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) est devenue le traité sur les droits de l'homme le plus largement ratifié dans le monde et un outil puissant pour faire progresser les droits de l'enfant. Texte gravant les droits de l'enfant dans le marbre, elle est aussi un instrument juridique applicable et appliqué dans le monde entier pour protéger les droits de l'enfant.

En 2009, CRIN a ouvert la base de données juridiques sur la CDE dans les tribunaux pour mettre en lumière les décisions de justice importantes qui portent sur la Convention et qui la citent. Depuis, la base de données a été enrichie de plus de 350 affaires provenant de plus de 100 pays.

Ce rapport met l'accent sur la manière dont la CDE a été utilisée dans le monde pour lutter contre les violations des droits de l'enfant, mais également sur les cas où elle a été mal interprétée et mal appliquée par les tribunaux nationaux. Il aborde l'utilisation de la Convention en général et présente une analyse plus détaillée de trois des droits de la Convention les plus cités ainsi que les différentes manières dont ils ont été appliqués et interprétés.

Lorsque nous avons ouvert la base de données, nous espérions qu'elle deviendrait un outil utilisé par les avocats dans leurs propres plaidoiries. En faisant connaître l'utilisation créative du droit international relatif aux droits de l'enfant dans différents systèmes et traditions juridiques, nous espérons soutenir et inspirer les défenseurs des droits de l'enfant pour lutter contre les violations des droits de l'enfant qui continuent de se produire dans le monde. Nous espérons également que la base de données est devenue un outil auquel les avocats et les défenseurs des droits de l'enfant ont recours dans le cadre de leur travail, leur permettant de trouver des arguments recevables par les tribunaux d'autres juridictions pour appuyer leurs actions en justice.

CRIN croit en un monde où les droits des enfants sont reconnus, respectés et appliqués. Cela signifie que pour chaque violation, il existe un recours. Pour faire de cette ambition une réalité, la CDE doit être utilisée comme l'instrument juridique qu'elle a toujours été.

II. MÉTHODOLOGIE

Ce rapport se base sur des résumés de décisions de justice répertoriées dans notre base de données sur la CDE dans les tribunaux. Ces résumés ont été écrits par CRIN et par des cabinets d'avocats qui travaillent bénévolement avec CRIN. La base de données contient 354 résumés d'affaires provenant de 103 pays. Chaque résumé aborde les faits de l'affaire, son issue, l'analyse de la Convention relative aux droits de l'enfant par le tribunal et la compatibilité de la décision avec cette dernière.

Les affaires ont été choisies pour représenter une variété de juridictions et de problèmes et pour souligner l'avancement des droits de l'enfant à travers des précédents. La base de données ne rassemble pas un échantillon aléatoire de décisions qui mentionnent la Convention. Elle se concentre en particulier sur les domaines dans lesquels nous sommes actifs dans le cadre de notre travail en matière de politiques et de plaidoyer. Les statistiques qui sont incluses dans ce rapport ne doivent pas être considérées comme étant révélatrices de la manière dont la CDE est utilisée dans le monde. Elles sont incluses pour montrer certaines des tendances que nous avons pu observer grâce à notre analyse de la manière dont la Convention a été utilisée dans les tribunaux.

Pour la rédaction de ce rapport, chaque décision a été « codée » selon un questionnaire de recherche permettant d'analyser les caractéristiques qui leur sont communes. Il s'agissait donc de lire chaque résumé de décision et de les classer dans des catégories définies en fonction d'indicateurs tels que la citation et l'application des articles de la CDE, la compatibilité et les raisons expliquant l'incompatibilité, le thème, la question soulevée et la branche du droit concernée. Des pourcentages et moyennes ont ainsi pu être calculés pour chaque indicateur et des comparaisons ont pu être faites pour faciliter l'analyse des facteurs influant sur l'utilisation de la Convention dans les tribunaux.

III. LA CDE, OUTIL DES JURIDICTIONS INTERNES

A. Comment les tribunaux utilisent-ils la CDE ?

La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) est le traité le plus ratifié dans le monde. Cependant, sa place dans les droits nationaux est loin d'être constante. Certaines juridictions prêtent à la Convention un statut constitutionnel tandis que d'autres la voient davantage comme une force directrice utilisée comme outil d'interprétation ou caution morale. Observer la manière dont les tribunaux ont utilisé la CDE et le poids qu'ils lui ont donné montre l'impact qu'elle peut avoir.

Ceux qui se situent à l'extrémité du spectre sont les pays qui ont affirmé avec le plus de force l'autorité supérieure de la Convention à toute loi nationale qui la contredirait. En 2010, par exemple, la Cour administrative suprême de **Bulgarie** a aboli une loi nationale interdisant l'adoption aux familles ayant déjà des enfants, en partie à cause du fait que la Convention prévaut sur toute loi contradictoire.¹ La Cour suprême de la **République dominicaine** a également appliqué directement les dispositions de la CDE concernant l'intérêt supérieur de l'enfant dans des décisions sur la garde d'enfants.² Environ un quart des décisions contenues dans la base de données appliquent directement les dispositions de la CDE, alors que dans 5 % des affaires, les tribunaux sont allés plus loin en faisant de la CDE l'autorité principale de leur décision.

Bien que de nombreux tribunaux aient souhaité directement appliquer les dispositions de la CDE, dans la plupart des décisions de la base de données, la CDE a été utilisée comme outil interprétatif pour développer le droit national. Cette approche, adoptée dans 60 % des affaires répertoriées dans la base de données, est plus courante parmi les États du Commonwealth qui n'ont pas intégré la Convention dans leur droit national.³ La Haute Cour des **Fidji** a par exemple utilisé les dispositions relatives à l'intérêt supérieur pour déterminer l'importance à donner au besoin d'un parent de prendre soin d'enfants à charge au moment de prendre des décisions relatives à la détention provisoire.⁴ De la même manière, la Cour suprême de **Nauru** a mis en application la Convention pour interpréter ses lois relatives à l'adoption.⁵

¹ *Kerezov v. Minister of Justice* [2002] Cour administrative suprême de Bulgarie, affaire 2829/2002. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/70.

² *Zoraida Ferreiras Bencosme v. Angel Mieses Devers* [2007] Sentencia de ;3- Mayo del 2007. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7068.

³ Pour plus d'informations, voir CRIN, *Droits, recours, représentation : un rapport sur l'accès des enfants à la justice dans le monde*, février 2016. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/fr/node/42401>.

⁴ *Devi v. the State* [2003] FJHC 47. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/38799.

⁵ *Re : Lorna Gleeson* [2006] Cour suprême de Nauru, NRSC 8 ; Affaire diverse n°4 de 2006. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7086. Propos du juge en chef Robin Millhouse : « Il paraît que Nauru a signé la Convention [relative aux droits de l'enfant]. L'intégrer ou non à notre droit interne reste sujet à controverse. Mais qu'elle y soit intégrée ou non, j'estime être en mesure d'en tenir compte dans les affaires concernées... »

Une importante minorité d'affaires (9 %) a mentionné la CDE, mais n'y a accordé aucune importance. En 2005 par exemple dans une affaire d'immigration, la Cour d'appel fédérale des **États-Unis** a débattu des dispositions de la Convention relatives à l'intérêt supérieur et au droit à une nationalité pour répondre à un argument avançant que ces dispositions faisaient à présent partie du droit international coutumier.⁶ La Cour a refusé de statuer sur cette question en estimant que même si cette allégation était vraie, la Cour serait forcée d'appliquer les lois nationales qui la contredisent.

L'approche adoptée par les États pour appliquer la CDE dans leur juridiction respective reflète celle adoptée par les systèmes juridiques nationaux vis-à-vis de la mise en application du droit international. Les systèmes monistes permettent l'application directe par les autorités nationales et dans les tribunaux nationaux des traités ratifiés, tandis que dans les systèmes dualistes, le traité doit d'abord être « intégré » à la législation nationale avant de pouvoir être appliqué. Les réserves à l'égard de certains articles limitent également la capacité d'un tribunal à appliquer la CDE, et les principes et structures constitutionnels comme la souveraineté parlementaire et la séparation des pouvoirs peuvent restreindre davantage les options qui se présentent à un tribunal lorsque celui-ci est confronté à des lois et politiques problématiques. Cependant, la distinction entre les deux systèmes n'est pas si claire. Certains pays dualistes, comme la **Finlande**, ont intégré la CDE à leur législation et permettent à leurs tribunaux de l'appliquer directement, alors que certains pays monistes, dont la **France**, permettent uniquement l'application directe de certaines dispositions prévues par la Convention.⁷

On pourrait s'attendre à ce que les pays qui ne traitent pas la CDE comme un instrument directement applicable soient moins susceptibles de prendre des décisions conformes aux dispositions qu'elle contient, mais cela n'apparaît pas de manière distincte dans les affaires répertoriées dans la base de données. CRIN a évalué la compatibilité de chaque décision contenue dans la base de données avec la Convention. Nous avons observé si la manière dont le tribunal avait appliqué la CDE était cohérente avec la Convention dans son ensemble et avec la manière dont cette dernière a été appliquée par le Comité des droits de l'enfant dans ses Observations générales et ses recommandations aux États. Aucun écart significatif n'a été constaté en termes de compatibilité entre les décisions résultant d'une application directe de la Convention et celles résultant de son utilisation comme outil à valeur interprétative. Ceci est dû au fait que la compatibilité des décisions est affectée par d'autres facteurs que la méthode d'application de la CDE, en particulier par le contenu du droit interne. Néanmoins, seulement 16 % des affaires qui ont mentionné, mais finalement exclu l'utilisation de la CDE ont été considérées compatibles par CRIN. Cette différence significative suggère l'importance d'une prise en compte de la CDE.

⁶ *Olivia v. United States Department of Justice* [2005] 433 F.3d 229. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/43030.

⁷ Pour plus d'informations, voir CRIN, *Droits, recours, représentation : un rapport sur l'accès des enfants à la justice dans le monde*, février 2016, p. 13

[A.B.C. D and Norwegian Organization for Asylum Seekers \(NOAS\) v. The Immigration Appeals Board](#) (Norvège, Cour suprême, 2012)

Un couple originaire de Bosnie-Herzégovine arrive en Norvège en 2003. Ils y déposent une demande d'asile et ont deux enfants pendant le traitement de leur demande. Celle-ci leur est refusée. Ils font appel et leur cas est finalement porté devant la Cour suprême. Selon le couple, refuser d'autoriser une famille à rester dans le pays était une violation de leur droit à une vie privée et familiale en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'intérêt supérieur prévu par la Convention relative aux droits de l'enfant. La Cour conclut qu'il n'y a pas de violation de ces droits et qu'il est impossible de rendre un jugement déclaratoire pour violation de la CDE, car celle-ci ne contient pas d'obligation expresse de fournir un recours effectif.

[Zoraida Ferreiras Bencosme v. Angel Mieses Devers](#) (République dominicaine, Cour suprême, 2007).

Un père obtient la garde de sa fille après une procédure au cours de laquelle un psychologue fournit la preuve que l'enfant a déclaré souhaiter vivre avec son père. La mère fait appel de la décision. Conformément au droit national et à la CDE, la Cour applique le droit de l'enfant à s'exprimer librement, à être entendu et à voir son opinion prise en considération en fonction de du développement de ses capacités. Elle conclut que le tribunal a légitimement tenu compte de l'opinion de la fille au sujet de la personne avec qui elle souhaitait vivre.

[Devi v. The State](#) (Fidji, Haute Cour, 2003)

Une mère accusée de contrefaçon de monnaie est inculpée et placée en détention. Suite au refus de sa demande de libération sous caution, celle-ci dépose un recours affirmant qu'en vertu de la CDE, la Cour doit tenir compte de l'intérêt supérieur de son enfant de quatre ans pour décider si la libération conditionnelle pendant le procès pourrait lui être accordée, car une telle décision lui permettrait de répondre au besoin de son enfant en matière de soins parentaux. Pour interpréter la loi fidjienne relative à la liberté sous caution, la Cour cite l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu de l'article 3 de la CDE et accorde la libération conditionnelle de la mère.

[Pharmaceutical and Health Care Association of the Philippines v. Health Secretary and ors.](#) (Philippines, Cour suprême, 2007)

L'Association pharmaceutique et des soins de santé des Philippines conteste une décision administrative émanant du ministère de la Santé dans laquelle figure l'interdiction de promouvoir des substituts de lait maternel. La Cour déclare nulles certaines des dispositions de ladite décision administrative en mentionnant la Convention relative aux droits de l'enfant, mais elle refuse d'en appliquer les dispositions car ces dernières ne sont pas assez spécifiques concernant le marketing de substituts de lait maternel.

[Oliva v. U.S. Dept. of Justice](#) (États-Unis, Cour d'appel fédérale des États-Unis, 2005)

Un citoyen guatémaltèque est entré illégalement et sans visa aux États-Unis et un juge ordonne son expulsion. L'homme dépose un recours demandant l'annulation de l'ordre d'expulsion sur la base des droits de ses enfants en application de la CDE. Il affirme qu'en cas d'ambiguïté, le droit national devait être interprété en accord avec le droit international, mais la Cour refuse de mettre en application la CDE au motif que le droit national n'est, selon elle, pas ambigu.

B. Comment les tribunaux traitent-ils les différents articles de la CDE ?

Tous les droits de l'homme sont interdépendants et indivisibles et les droits contenus dans la CDE le sont tout autant. Néanmoins, on constate que ce fondement des droits de l'homme ne jouit pas d'une claire reconnaissance lorsque la CDE est utilisée devant les tribunaux. Alors que certains de ses articles sont cités avec une régularité rassurante, d'autres sont négligés et très rarement mentionnés devant les tribunaux.

L'application sélective par les tribunaux nationaux des droits garantis par la Convention apparaît clairement dans la base de données. Les quatre articles les plus cités sont l'article 3 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, l'article 37 concernant la torture et la privation de liberté, l'article 9 concernant la séparation d'avec les parents et enfin l'article 19 concernant toutes les formes de violence. Il est possible que ces chiffres soient affectés par un biais de sélection de la part de CRIN. En effet, nos différentes campagnes relatives aux peines et à la privation de liberté sont susceptibles d'avoir causé une augmentation dans la base de données du nombre d'affaires en relation avec ces questions. Une analyse plus poussée révèle toutefois que si certains articles sont largement appliqués et repris devant les tribunaux, d'autres, même pertinents, ne le sont pas. Pour chacune des affaires qui figurent dans la base de données, nous avons gardé une trace des articles qui étaient explicitement cités, ainsi que de ceux qui auraient été pertinents, mais qui n'ont pas été mentionnés lors du jugement. Par exemple, dans 27 des affaires contenues dans la base de données, l'article 40 relatif à l'administration de la justice des mineurs aurait été pertinent, mais n'a pas été cité. De la même façon, l'article 9 concernant la séparation d'avec les parents n'a pas été cité dans 39 affaires dans lesquelles il aurait été pertinent. La plupart des affaires se rapportant à la séparation d'avec les parents ont été résolues en se référant à l'intérêt supérieur de l'enfant, tandis que les plaintes soulevant des problèmes liés à l'article 40 ont été, en grande partie, réglées en appliquant l'article 37 relatif à la torture et à la privation de liberté.

Dans certaines situations, cette application sélective de la Convention s'explique simplement. La **Belgique**, par exemple, a établi que seules les dispositions réputées « directement applicables » peuvent être appliquées et prévaloir sur le droit national.⁸ Cette règle claire explique pourquoi les tribunaux belges se basent sur ces dispositions pour prendre leurs décisions, et pourquoi les avocats s'adressant à ces tribunaux argumentent en fonction des articles qui peuvent être directement appliqués.

De la même façon, certains articles de la CDE complètent de manière évidente le droit national, ce qui facilite les débats relatifs à l'application de la Convention dans les tribunaux. Au **Royaume-Uni**, la Convention n'a pas été incorporée dans le droit interne et ne peut donc pas être directement appliquée. Toutefois certains aspects de la législation ont fait l'objet de réformes afin de correspondre aux droits garantis par la Convention. C'est le cas de l'intérêt supérieur de l'enfant, garanti par l'article 3. Au cours d'une affaire d'expulsion datant de 2011, la **Cour suprême** a statué que « si ce n'est les mots exacts, l'esprit » de l'article 3 a été transposé dans le droit national,⁹ ce qui a permis au tribunal de traiter le sujet en profondeur. Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme prenne en considération l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa jurisprudence a également permis aux tribunaux du Royaume-Uni de s'en servir en appliquant les droits consacrés

⁸ Voir CRIN, *Accès des enfants à la justice : Belgique*, avril 2015, p. 1. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/fr/biblioth%C3%A8que/publications/belgique-acces-des-enfants-la-justice>.

⁹ *ZH v. Secretary of State* [2011] UKSC 4. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7047.

par la Convention européenne des droits de l'homme, car le droit du Royaume-Uni autorise les tribunaux nationaux à tenir compte des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation des dispositions.¹⁰

Dans d'autres décisions, les raisons qui justifient cette application sélective des dispositions de la CDE sont moins apparentes. Au cours d'une affaire examinée par la **Cour suprême de Singapour** concernant la pension alimentaire pour les enfants nés hors mariage, la Cour a admis que l'article 18 établissait bien le principe de responsabilité commune des deux parents pour ce qui est d'élever l'enfant. Toutefois, elle est arrivée à la conclusion que la CDE ne pouvait contraindre Singapour à mettre sur un pied d'égalité les enfants nés au sein d'un mariage et ceux nés hors mariage.¹¹ La Cour n'a pas tenu compte de la protection prévue par la Convention contre la discrimination motivée par la naissance qui s'appliquait pourtant aux faits de cette affaire et qui interdit toute discrimination basée sur le statut marital des parents de l'enfant. Ce cas d'application sélective pourrait témoigner d'un manque de connaissance de la Convention et de sa mise en œuvre. Il convient de relever qu'aucun avocat n'avait dans cette affaire mentionné la CDE devant la Cour et que c'est pour cette raison qu'il n'y a eu aucun débat quant à l'application de ses dispositions pertinentes. Cette affaire témoigne également de la façon dont un juge peut se servir de la Convention de manière sélective. Il est certes vrai que, comme le juge l'a soulevé, l'article 18 ne mentionne pas explicitement les droits des enfants nés hors mariage lorsqu'il traite de la responsabilité parentale, mais il ne s'agit pas là du seul article de la Convention pertinent sur le sujet.

Seules quelques décisions de la base de données font référence à la Convention de manière générale. Dans cette dernière catégorie de décisions, il apparaît clairement que de nombreux articles qui auraient pu être mentionnés sont passés sous silence, et, dans ces conditions, on pouvait s'attendre à ce que dans ces affaires, la CDE ne puisse être directement appliquée de manière significative. Nombre de ces cas correspondent à des affaires dans lesquelles la Cour a statué sur l'applicabilité et la manière d'appliquer la CDE, ce qui explique une application générale.¹² Toutefois, contrairement à ce que l'on pourrait penser, un petit nombre de ces affaires a directement appliqué la CDE dans son ensemble, ce qui suggère que les tribunaux considèrent que l'esprit général de la CDE a force exécutoire. Par exemple, le jugement rendu par la **Cour suprême de Nauru**¹³ concernant une affaire d'adoption à l'étranger en 2006 a appliqué la CDE dans sa globalité, sans citer d'article en particulier, aux côtés de dispositions constitutionnelles. La Cour a ainsi jugé l'interprétation de l'ordonnance sur l'adoption par le tribunal de degré inférieur « contraire à l'esprit de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations unies ».

¹⁰ Human Rights Act, section 2(1)(a). Disponible à l'adresse suivante : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>.

¹¹ *AAG v. Estate of AAH* [2009] SGCA 56. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/library/legal-database/aag-v-estate-aaah>.

¹² Voir, par exemple, *Comilang v. Commissioner of Registration* [2012] HKCU 1282. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/library/legal-database/comilang-v-commissioner-registration>.

¹³ *In re Lorna Gleeson* [2006] NRSC 8. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/library/legal-database/re-lorna-gleeson>.

C. Compatibilité

CRIN a évalué la compatibilité de chaque décision de la base de données avec la CDE en déterminant si la manière dont elle avait été appliquée était en accord avec son contenu général, mais aussi avec la façon dont le Comité des droits de l'enfant la met en œuvre dans ses Observations générales et lors des examens des pays. Lorsque certains aspects du jugement sont compatibles avec la Convention, mais que la décision finale n'est pas tout à fait à la hauteur des exigences de la CDE, les affaires ont été classées en tant qu'affaires « partiellement compatibles ».

Parmi les 354 affaires de la base de données, CRIN a considéré que 73 % étaient compatibles avec la CDE, 19 % étaient incompatibles et 8 % étaient partiellement compatibles. En raison de l'intérêt de CRIN pour les précédents et l'évolution positive des droits de l'enfant, il est peu probable que ce taux de succès se retrouvent sur la totalité des affaires dans lesquelles la Convention a été prise en compte à travers le monde. Il est également possible que les tribunaux disposés à citer la Convention et à s'y intéresser soient les plus susceptibles de prendre des décisions conformes avec ses dispositions.

[Hosking and Hosking v. Runtig and Pacific Magazines NZ Ltd](#) (Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, 2004)

Un célébrité, M. Hosking, dépose une demande devant le tribunal afin d'empêcher un magazine de publier des photographies de ses enfants. Cette démarche se révèle infructueuse devant la Haute Cour et M. Hosking fait appel de la décision. La Cour d'appel statue qu'elle est en mesure de remédier à cette atteinte à la vie privée et que la *common law* devrait évoluer en accord avec les obligations internationales de la Nouvelle-Zélande, dont celles issues de la CDE. En se basant sur les faits, la Cour estime qu'il n'est pas question d'atteinte à la vie privée puisque les photos ont été prises en public, c'est-à-dire dans un lieu où il ne peut y avoir d'attente raisonnable quant au respect de la vie privée. Pourtant guidée par l'article 16 de la CDE (protection de la vie privée), la Cour n'a pas évalué de manière sérieuse si les photographies d'enfants pouvaient exiger une protection plus importante que celles d'adultes. Le magazine a donc été autorisé à publier ces photographies.

Perception de la compatibilité

Dans la grande majorité des affaires (94 %), les juges semblaient convaincus qu'ils prenaient leurs décisions conformément à la CDE. Les tribunaux en question ont déclaré que la Convention n'entraînait pas en conflit avec leurs décisions, voire qu'elle les appuyait, et ce même lorsque ces décisions sont clairement en contradiction avec les principes et les dispositions de la CDE.

Nombre de cette dernière catégorie de décisions se sont avérées fondées sur une analyse superficielle de la Convention. Par exemple, la **Cour suprême d'Israël** a examiné en 2006 une affaire concernant des dispositions visant à limiter le contact entre les citoyens israéliens et leurs épouses et enfants vivant dans les Territoires palestiniens.¹⁴ Après avoir brièvement examiné les dispositions de l'article 10 de la CDE concernant la réunification familiale, la majorité de la Cour a conclu qu'il n'existait aucune disposition spécifique sur laquelle fonder une action en justice afin de

¹⁴ *Adalah et al v. Minister of Interior et al* [2006] H.C. 7052/03 ; ILDC 393 (IL 2006). Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/6973.

réunir une famille. Cette conclusion est en contradiction avec l'article 10 qui inclut des références explicites aux autres dispositions de la Convention relatives à la séparation des enfants de leurs parents. Ces dispositions n'apparaissent nulle part dans l'analyse de la majorité. Seul un juge, dans une opinion dissidente, a reconnu que la loi restreignant les contacts entre les enfants et leurs parents allait à l'encontre d'un très grand nombre de droits prévus par la Convention.

Il existe un certain nombre d'affaires au sein desquelles les juges, en dépit d'une analyse détaillée de la CDE, ont fini par adopter une approche restrictive de ses dispositions ou par considérer de manière un peu expéditive que ses exigences étaient remplies. Par exemple, en 2014, la **Cour suprême du Canada** a examiné une plainte qui demandait l'abolition d'une loi permettant aux parents et au corps enseignant de recourir à la « force raisonnable » contre un enfant ou un élève.¹⁵ Dans le jugement, l'article 3 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, l'article 19 concernant la protection contre les abus et négligences et l'article 37 concernant les traitements cruels, inhumains ou dégradants ont été pris en compte dans une certaine mesure. Néanmoins, il a été conclu que la Convention n'interdisait pas explicitement les châtiments corporels légers et que la précision « raisonnable dans les circonstances » du le Code criminel canadien permettait d'interdire les violences visées par la Convention. Cette décision est particulièrement étonnante lorsque l'on considère : l'interdiction catégorique de « toute forme de violence physique ou mentale » posée par la Convention ; le fait que le Comité des droits de l'enfant a toujours affirmé que toute forme de châtiment corporel constituait une violation de cette interdiction ; la recommandation sur ce sujet formulée à l'égard du Canada l'année précédant cette décision de justice.¹⁶

Raisons de l'incompatibilité

Le fait que des articles applicables n'aient tout simplement pas été appliqués à l'espèce est le motif d'incompatibilité totale ou partielle le plus fréquent au sein de l'échantillon analysé.

Parmi les décisions que nous avons considérées totalement ou partiellement incompatibles avec la CDE, cette incompatibilité relevait dans près de la moitié des cas d'une mauvaise interprétation ou d'une mauvaise application de ses dispositions. La distinction entre mauvaise interprétation et mauvaise application des articles de la Convention est souvent subtile. Dans les décisions relevant de cette dernière catégorie, les tribunaux démontrent, dans un premier temps, une compréhension des articles qu'elle contient en s'engageant dans une analyse correcte de ce qu'ils impliquent, mais échouent ensuite à les appliquer correctement aux circonstances de l'espèce. Par exemple, la **Cour suprême des Tonga**¹⁷ a examiné une affaire concernant la condamnation d'un garçon ayant déjà par le passé suivi divers programmes de déjudiciarisation et de réadaptation, et qui plaquait coupable de sept chefs d'accusation, dont celui de vol avec effraction. La Cour a basé sa décision sur l'article 37 (privation de liberté), considérant que toutes les possibilités avaient été épuisées et que le garçon devait être condamné en dernier ressort à la peine de prison la plus courte appropriée, pour des raisons de sécurité publique et de dissuasion. Même si ce raisonnement est

¹⁵ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney-General)* [2004] 1 SCR 76 ; 2004 SCC 4). Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/6870.

¹⁶ Comité des droits de l'enfant de l'ONU, observations finales sur le deuxième rapport périodique du Canada, CRC/C/15/add.215, 27 octobre 2003, paragr. 32.

¹⁷ *R v. Valu* [2008] Tonga LR 44. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/library/legal-database/r-v-valu>.

cohérent avec l'article 37, la Cour a condamné le garçon à une peine de 18 mois de prison, bien qu'elle ait reconnu qu'il n'y avait aucun centre de détention pour mineurs dans le pays. Le garçon ne pouvait donc pas être détenu dans un établissement conforme aux normes fixées par la Convention.

Les questions très délicates et politisées, en particulier, peuvent parfois donner lieu à une manipulation et à une mauvaise interprétation des articles de la Convention. Au sein de la base de données, les affaires d'immigration et d'expulsion sont celles qui présentent le plus grand nombre de cas d'incompatibilité, et parmi ceux-ci, une proportion plus importante que la moyenne a été considérée comme incompatible en raison d'une mauvaise interprétation. Il faut toutefois reconnaître que la taille de cet échantillon est plutôt réduite.

Une décision de 2007 rendue par la **Cour d'appel suprême de Macao** illustre à quel point les affaires d'immigration et d'expulsion donnant la priorité aux intérêts nationaux sont plus susceptibles de donner lieu à une mauvaise interprétation de la CDE par les tribunaux.¹⁸ L'affaire concernait des demandes de permis de séjour pour les enfants de travailleurs étrangers. La Cour a donné une interprétation quelque peu forcée des articles 2 (non-discrimination), 3 (intérêt supérieur de l'enfant) et 9 (séparation d'avec les parents) pour justifier d'exclure les travailleurs étrangers non qualifiés du droit de vivre avec leurs enfants. La Cour a déterminé qu'il n'y avait aucune violation de l'interdiction de discrimination définie par l'article 2, car le gouvernement n'avait pas traité les demandeurs différemment des autres *non-résidents* sur la base de la race, du genre ou de la religion. La Cour a également considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'intérêt supérieur de l'enfant car, en raison de la petite taille de Macao, il ne pouvait y avoir d'obligation d'octroyer des droits de résidence aux enfants de travailleurs étrangers, car cela compromettrait la sécurité, l'éducation et le logement des personnes vivant dans la région. Enfin, selon la Cour, il n'y avait aucune violation de l'article 9 car le gouvernement n'avait pas imposé la séparation de l'enfant et des parents, et les demandeurs avaient la possibilité d'abandonner leurs emplois à Macao pour retourner dans leur pays d'origine. Le problème de la mauvaise interprétation n'est pas limité au domaine de l'immigration : dans certains cas, les tribunaux ont même utilisé la CDE pour justifier des lois posant problème.

[Constitutionality of Part 1 of Article 6.21 of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation in relation to the complaint lodged by citizens Alexeev N. A., Evtuschenko Y.N. and Isakov D.A. \(Fédération de Russie, Cour constitutionnelle, 2014\)](#)

Trois hommes reçoivent une sanction administrative sous la forme d'une amende pour avoir protesté contre une loi interdisant la « propagande homosexuelle ». Ces hommes contestent la loi, en arguant que cette dernière est contraire à la Constitution. La Cour rejette la demande en citant plusieurs articles de la CDE, dont l'article relatif au conseil aux parents (article 5), l'article relatif à la survie et au développement (article 6) et l'article relatif à l'exploitation sexuelle (article 34), afin d'accentuer le devoir de l'État d'assurer le développement des enfants et leur protection contre toutes les formes d'abus. La Cour retient que la CDE établit le besoin d'adapter les informations à l'âge de l'enfant et en déduit que l'interdiction de la « propagande homosexuelle » protège les valeurs constitutionnelles relatives à la protection de la famille et de l'enfance, et qu'elle prévient également ses effets néfastes sur la santé et le développement moral de l'enfant.

¹⁸ *Court of Final Appeal of Macau* [2007] Cas 21/2007. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/library/legal-database/court-final-appeal-macau-case-no-21/2007>.

Incompatibilité : différences selon les articles, les thèmes et les problèmes abordés dans la CDE

Les affaires impliquant certains articles de la CDE ou certaines questions sont bien plus susceptibles de conduire à des décisions compatibles avec la Convention. Par exemple, dans les affaires où les tribunaux mettaient en application l'article 7 (nom et nationalité) ou l'article 28 (le droit à l'éducation), ils étaient nettement plus susceptibles de prendre des décisions compatibles avec la CDE. Le nombre de cas contenus dans la base de données est trop faible pour pouvoir tirer des conclusions précises, mais il est possible que ces droits soient considérés comme étant moins controversés, peut-être en raison de leur présence commune dans le droit international relatif aux droits de l'homme et de leur reconnaissance au sein des systèmes juridiques nationaux. Par exemple, en 2009, la **Haute Cour du Swaziland** a entendu des plaintes de la part d'anciens travailleurs miniers, parents d'enfants en âge d'être scolarisés. Les requérants demandaient une ordonnance obligeant le gouvernement à garantir une éducation gratuite dans les écoles publiques, comme le prévoit la Constitution.¹⁹ La Cour s'est appuyée sur la CDE et sur le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels pour exiger que le gouvernement mette en place un enseignement primaire gratuit pour tous les enfants, bien que la décision ait finalement été annulée par la Cour suprême.

D'une manière similaire, dans les affaires impliquant l'article 7 (nom et nationalité), les tribunaux ont rarement statué de manière incompatible avec la CDE. En 2013, la **Cour de cassation arménienne** a examiné une affaire concernant une mère qui demandait à ce que son partenaire décédé soit reconnu comme étant le père de ses enfants.²⁰ La Cour a cité l'article 7 de la Convention pour justifier sa décision d'assouplir la norme de preuve et a autorisé des preuves indirectes indiquant que le partenaire décédé avait lui-même reconnu être le père des enfants. Une fois encore, la Cour a pu être influencée par le rôle central de l'enregistrement des naissances dans l'établissement du statut juridique et par les mesures de garantie contre l'apatridie contenues dans la CDE et dans le droit international des droits de l'homme de manière plus générale.

Au contraire, les affaires citant d'autres articles sont nettement plus susceptibles d'être incompatibles avec la CDE. Les affaires recensées dans la base de données impliquant l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3) et la séparation d'avec les parents (article 9) sont particulièrement susceptibles de ne pas respecter les normes fixées par la Convention et par le Comité des droits de l'enfant. Étant donné que ces deux articles intègrent le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant, cette tendance pourrait indiquer que les tribunaux rencontrent des difficultés à prendre des décisions fondées sur des considérations générales relatives au bien-être des enfants.²¹

Souvent, les affaires concernant l'expulsion ou l'immigration supposent des décisions portant sur l'intérêt supérieur de l'enfant et sont également nettement plus susceptibles de ne pas respecter les normes fixées par la Convention. Ce constat pouvait être anticipé en raison de nature éminemment

¹⁹ *Swaziland National Ex-Miners Workers Association v. The Minister of Education and others* [2009] SZHC 104 (16 mars 2009). Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/40892.

²⁰ Affaire L7/0023/02/12 [2013]. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/43008.

²¹ Pour des informations plus détaillées à propos de l'utilisation par les tribunaux de l'intérêt supérieur de l'enfant, voir chapitre IV, p. 17 ci-dessous.

politique du sujet de l'immigration dans de nombreux pays et des disparités dans ce domaine entre le droit national et les normes internationales portant sur les droits de l'homme. Un nombre important de cas d'expulsion recensés dans la base de données illustre cette disparité ainsi qu'une interprétation très restrictive des droits applicables selon la CDE. En 2007, le **tribunal de district de Tokyo au Japon** a entendu un recours contre un arrêté d'expulsion prononcé contre deux ressortissants respectivement turc et philippin et leur fille née au Japon.²² Les parents y étaient arrivés séparément, avaient dépassé le temps de séjour octroyé par leur visa et étaient restés 10 ans illégalement dans le pays. Le tribunal a refusé leur appel et justifié l'expulsion en interprétant l'article 9 (séparation d'avec les parents) comme si celui-ci exigeait seulement que l'État fournisse des informations sur la localisation du membre de la famille absent/expulsé, et non pas comme une interdiction de séparer les parents de leurs enfants lors d'une procédure d'expulsion. Le tribunal a retenu que l'intérêt supérieur de l'enfant peut être considéré comme un élément à considérer pour la délivrance par le ministère de la Justice de permissions spéciales pour rester au Japon. Toutefois, selon le tribunal, la non-délivrance à elle seule ne constituerait pas une violation ou un abus d'autorité. Le tribunal a indiqué que, dans tous les cas, les conventions internationales telles que la CDE ne régissaient pas les décisions du ministère de la Justice.

L'utilisation de réserves à la CDE limitant l'engagement des États est également courante dans les affaires d'immigration. Dans une affaire de 2016, le **tribunal de première instance de Hong Kong** a refusé d'appliquer la CDE pour rejeter un arrêté d'expulsion car la Convention n'avait pas été incorporée. De toute manière, une réserve en vigueur excluait son application à la législation de l'immigration.²³

D. Impact

Les affaires concernant les droits de l'homme sont souvent motivées par l'intention de faire avancer une cause plus vaste et de contester des injustices qui affectent des communautés entières. Pour chaque affaire de la base de données, CRIN a essayé de suivre l'importance de l'impact de l'affaire, qu'elle ait conduit à un amendement de la loi, déclenché un changement dans la politique gouvernementale ou entraîné des excuses officielles. Pour de nombreuses affaires présentes dans cette base, il n'a pas été possible d'identifier le résultat au-delà du jugement lui-même, mais lorsque cela a été possible, des exemples montrent que la façon dont les tribunaux utilisent la CDE peut avoir un impact important lorsqu'il s'agit de lutter contre les violations des droits de l'enfant. De nombreux exemples démontrent également que les tribunaux ne disposent pas d'assez de pouvoir pour s'attaquer aux violations les plus répétées.

L'affaire de la **Cour européenne des droits de l'homme** concernant un cas d'abus sexuel en **Irlande** résume un grand nombre de ces caractéristiques et de ces contradictions.²⁴ Une femme irlandaise avait été sexuellement abusée par un professeur alors qu'elle était élève dans une école catholique, dans les années 70. À l'époque, ses parents s'étaient plaints, mais le professeur avait été

²² *Demand for rescission of a deportation order* [2007] 204 (Gyo-U) 111. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7098.

²³ *Pagtama, Victorina Alegre v. Director of Immigration* [2016] HKCU 83 ; HCAL 13/2014 ; HCAL 45/2014 ; HCAL 56/2014 (12 janvier 2016). Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/42946.

²⁴ *O'Keefe v. Ireland* [2014] App. 35810/09. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/40340. Étude de cas disponible à l'adresse suivante : www.crin.org/node/41282.

muté dans une autre école et avait continué à abuser d'autres enfants. Une vingtaine d'années plus tard, l'agresseur était accusé de 386 infractions liées à des abus envers d'anciens élèves, et les victimes de ces abus ont cherché à tenir l'État responsable de n'être pas parvenu à les protéger. La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré l'État responsable de violation de l'interdiction de la torture et de tout traitement inhumain ou dégradant dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, et ce en raison de son échec à protéger des enfants contre les abus sexuels, en utilisant la CDE pour appuyer ses arguments. Le Premier ministre irlandais a immédiatement réagi au jugement en présentant des excuses. Cette affaire a déclenché la mise en place d'un mécanisme de compensation. Toutefois, ce mécanisme a été controversé car les circonstances dans lesquelles les victimes bénéficieront de paiement sont très limitées. Le contentieux se poursuit afin de veiller à ce que toutes les victimes soient en mesure de demander réparation.

De telles affaires montrent le poids des jugements dans l'octroi de réparations à un grand nombre d'enfants touchés par une violation des droits de l'homme. D'autres affaires mènent à des changements à plus grande échelle. En 2006, la **Haute Cour d'Australie** a entendu une affaire concernant la capacité de l'État à criminaliser les infractions sexuelles commises par ses citoyens en dehors du pays, dans des juridictions où cette conduite ne constitue pas une infraction.²⁵ Dans l'affaire d'un homme coupable de relations sexuelles ou indécentes avec un enfant en Thaïlande, la Cour a constaté que le droit australien permettait de criminaliser un tel comportement. La décision cite le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (OP-CRC-SC), soulignant le rôle que l'État avait joué dans le processus rédactionnel du traité et le fait que l'Australie n'avait pas encore ratifié le traité. Moins de six mois après le jugement, l'Australie ratifiait le protocole.

Des décisions de principe ont aussi conduit à la création par les tribunaux eux-mêmes de procédures mieux adaptées aux besoins des enfants. Pendant l'affaire Thomas Lubanga Dyilo à la **Cour pénale internationale**, la Cour a entendu les témoignages d'enfants qui avaient été enrôlés dans des forces armées. Le jugement a défini des lignes directrices générales sur la participation des victimes dans les procédures, notamment pour se conformer au droit des enfants à être entendus. Il a aussi déclenché une longue réflexion de la CPI sur la manière dont les enfants sont impliqués dans ces procédures. Le Bureau du Procureur a ainsi créé sa propre politique générale relative aux enfants.²⁶

²⁵ *XYZ v. Commonwealth of Australia* [2006] HCA 25 ; (2006) 227 ALR 495 ; (2006) 80 ALJR 1036 (13 juin 2006) ; ILDC 528 (AU 2006). Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/6996.

²⁶ Bureau du Procureur, *Politique générale relative aux enfants*, novembre 2016. Disponible à l'adresse suivante : https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Fra.PDF.

IV. INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

Article 3(1) :

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.

L'intérêt supérieur de l'enfant est peut-être le principe des droits de l'enfant le plus cité dans le droit international. Dans la base de données, il est cité dans presque 40 % des affaires. Cela n'a rien d'étonnant. Le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les actions relatives à l'enfant est en effet un principe général de la Convention. L'élévation au rang de principe général permet d'interpréter tous les droits dans la CDE au regard de l'intérêt supérieur et de lui donner un rôle primordial dans les affaires concernant les droits de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant est explicitement mentionné dans sept autres articles de la Convention. Ces articles traitent de dispositions légales aussi variées que la séparation de l'enfant de ses parents, la réunification familiale, ou encore l'adoption et la détention,²⁷ ce qui confirme sa place primordiale dans la CDE.

Le Comité des droits de l'enfant a défini l'intérêt supérieur de l'enfant comme un concept tripartite : un droit fondamental, un outil à valeur interprétative et un règlement de procédure.²⁸ Premièrement, les États sont tenus de garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est appliqué à chaque fois qu'est rendue une décision concernant un enfant. Deuxièmement, les autorités publiques doivent chercher à donner à la loi l'interprétation qui répond le mieux à l'intérêt supérieur de l'enfant. Troisièmement, tout processus décisionnel doit inclure une « évaluation de l'impact sur les droits de l'enfant » complète et officielle. Le Comité reconnaît que l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion complexe susceptible de faire l'objet de manipulation, mais aussi qu'elle puise sa force dans sa flexibilité et son adaptabilité car elle nécessite une décision au cas par cas et un ajustement selon la situation de l'enfant concerné.

La question de l'indétermination

La flexibilité et l'adaptabilité font partie des points forts de l'intérêt supérieur. Ces notions sont un prérequis pour examiner les situations des enfants au cas par cas. Cette flexibilité peut cependant faire l'objet de manipulation²⁹ et laisser peu d'indications aux tribunaux et aux décideurs en ce qui concerne la manière d'appliquer la norme. La **Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud** a considéré cette question lors d'un recours contre une peine d'emprisonnement à l'encontre d'une mère célibataire de trois enfants :

²⁷ *Convention relative aux droits de l'enfant*, articles 9(1) ; 9(3) ; 18(1) ; 20(1) ; 21 ; 37(c) ; 40(2)(b)(iii).

²⁸ Comité des droits de l'enfant de l'ONU, observation générale 14 (2013) sur le droit de l'enfant d'avoir son intérêt supérieur reconnu comme étant une considération primordiale (article 3, paragr. 1), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, paragr. 6. Disponible à l'adresse suivante : http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf.

²⁹ *Ibid.*, paragr. 34.

« Une fois encore, nous notons que la capacité d'expansion du principe de considération primordiale risque de donner l'impression de tout promettre alors qu'en pratique, peu de choses sont réalisées. Ainsi, le concept d'intérêt supérieur de l'enfant a fait l'objet de critiques en ce qui concerne son indétermination fondamentale, et le fait qu'il donne peu d'indications aux personnes qui doivent l'appliquer. »³⁰

Même si la norme d'intérêt supérieur de l'enfant constitue un principe juridique à la fois puissant et souple, son application est beaucoup plus controversée. Dans bien des situations, le principe peut avoir l'air subjectif par définition, ce qui amène à considérer ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'enfant selon les valeurs de la société en général et notamment selon les valeurs des juges. La question surgit en particulier dans les affaires relevant du droit de la famille, ce qui amène les parties aux affaires à se livrer à une compétition pour prouver que l'intérêt supérieur de l'enfant va dans leur sens.

Les décisions les plus complexes en termes de garde d'enfant illustrent probablement très bien la difficulté liée aux décisions basées sur l'intérêt supérieur de l'enfant. En 2017, la **Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles** a dû statuer en première instance sur le fait de savoir si cinq enfants âgés de 2 à 12 ans vivant chez leur mère juive ultra-orthodoxe seraient autorisés à avoir un contact direct avec l'autre parent qui avait changé de sexe et qui vivait en tant que femme.³¹ Depuis la séparation des parents, les enfants étaient restés avec leur mère et n'avaient eu aucun contact avec leur autre parent car la mère craignait que la communauté ultra-orthodoxe n'ostracise leur famille pour cette raison. La cour a entendu les témoignages de rabbins, d'enseignants, de spécialistes de la communauté ultra-orthodoxe, de spécialistes des enfants et des enfants eux-mêmes pour constater qu'ils étaient « piégés entre deux modes de vie apparemment inconciliables ». En définitive, la Cour a statué que les enfants ne devraient pas avoir de contact direct avec leur parent transgenre. Ce dernier n'aurait le droit d'écrire à ses enfants que quatre fois par an.

Tout au long du jugement, la Cour a regretté la complexité de l'affaire, faisant constamment valoir l'intérêt supérieur des enfants. Elle a estimé que l'avantage d'un contact direct serait contrebalancé par l'impact négatif de l'exclusion des enfants de la communauté dans laquelle ils avaient grandi. Malgré le rôle essentiel joué par l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision et l'éventail de spécialistes ayant témoigné, la Cour d'appel a conclu quelques mois plus tard que le juge de première instance avait négligé l'intérêt supérieur des enfants, et aurait dû en faire plus pour que les enfants puissent maintenir un contact direct avec leur parent transgenre.³² La Haute Cour devra donc se pencher de nouveau sur cette affaire.

La question de la rigidité

Tandis que les tribunaux sont souvent confrontés aux contours flous l'intérêt supérieur de l'enfant, la norme a par ailleurs eu pour effet une rigidité excessive dans d'autres contextes. Les législateurs et les juges affirment, souvent sous la forme de présomptions légales, qu'une certaine décision sera

³⁰ S v. M [2008] (3) SA 232 (CC) 261. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7001.

³¹ J v. B (*Ultra-Orthodox Judaism: Transgender*) [2017] EWFC 4, [2017] All ER (D) 108 (Jan). Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/43223.

³² In the matter of M (Children) [2017] EWFC 4. Summary and full judgment available at: www.crin.org/node/43451.

dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sauf preuve du contraire. Ainsi, des convictions répandues à l'égard de la protection de l'enfance, souvent erronées, sont gravées dans le marbre et deviennent des dispositions légales.

Une décision de la **Cour suprême d'Irlande** de 2006 illustre cette question.³³ La famille biologique et les futurs parents adoptifs d'un enfant de deux ans étaient impliqués dans un litige concernant la garde de l'enfant. Dans un premier temps, les parents biologiques avaient consenti l'adoption, mais avaient changé d'avis après le placement de l'enfant. Ils souhaitaient donc récupérer la garde de l'enfant. En se basant sur un précédent, la Cour a statué à l'unanimité en faveur des parents biologiques à partir d'une présomption constitutionnelle selon laquelle le bien-être de l'enfant est assuré lorsqu'il vit avec sa famille biologique, sauf si des motifs sérieux suggèrent le contraire. Étant donné l'absence de preuve que les parents biologiques de la fille étaient incapables de s'en occuper, la Cour devait leur accorder la garde. Lors du prononcé de la décision, le juge en chef lui-même a dénoncé la manière dont la présomption avait été utilisée, indiquant que l'application de l'exception pour motifs sérieux était « si rigoureuse qu'elle n'est possible que dans les situations les plus extrêmes ». Le poids de la présomption vis-à-vis de ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'enfant a détourné le débat de ce qui constituait réellement l'intérêt supérieur de l'enfant devant la Cour.

De la même manière, la Cour suprême des **Philippines** a utilisé l'article 3 de la CDE relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant pour octroyer la garde exclusive d'un enfant à sa mère, se basant sur la présomption dite du « jeune âge » selon laquelle les enfants de moins de sept ans doivent être confiés à leur mère.³⁴ Bien que la CDE ait été explicitement mentionnée, la Cour n'a pas examiné ce qui pouvait constituer l'intérêt supérieur des deux enfants impliqués dans l'affaire.

[Jackson Davis v. The Republic](#) (**Tanzanie**, Cour d'appel, 2009)

Un homme fait appel de sa condamnation pour abus sexuels sur un enfant au motif que le juge de première instance n'aurait pas dû autoriser la jeune victime et un jeune témoin à témoigner sans avoir prêté serment. La Cour annule la condamnation, estimant que le juge de première instance n'avait pas évalué de manière adéquate la capacité de l'enfant à témoigner. Elle refuse d'ordonner un nouveau procès en première instance car elle considère que ce ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour juge qu'ordonner la tenue d'un nouveau procès en première instance cinq ans après l'agression présumée serait un nouveau traumatisme pour l'enfant et irait à l'encontre de son intérêt supérieur tel qu'affirmé par la CDE.

[FHY v. GJS](#) (**Hong Kong**, tribunal de district, 2008)

Un père demande à partager la garde de ses enfants. Il souhaite obtenir la permission du tribunal pour quitter Hong Kong avec eux, car il n'y trouve pas d'emploi. Pour les décisions relatives à la garde, le tribunal considère qu'il faut privilégier l'octroi de la garde partagée, sauf motif valable pour la refuser, conformément à l'article 18 de la CDE qui reconnaît le rôle des deux parents dans la protection des intérêts de l'enfant. Étonnamment, l'article 3 (intérêt supérieur de l'enfant) n'est pas cité dans la décision. Certains points de la décision soulèvent la question de savoir si la

³³ *N and another v. Health Service Executive and others* [2006] IESC 60. Résumé et texte complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7101.

³⁴ *Agnes Gamboa-Hirsch v. Hon. Court of Appeals and Franklin Harvey Hirsch* [2007] G.R. 174485, 11 juillet 2007. Résumé de l'affaire et jugement complet disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7188.

présomption sur la priorité donnée à la garde partagée a pu menacer la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant :

« [58] *Il est évident que l'ordonnance de garde partagée peut parfois, s'il y a lieu, être rendue dans le but d'encourager les parents à mettre de côté leurs différences et à coopérer dans l'intérêt de leurs enfants.* »

[R. 390. XLVI, "Reintegro de Hijo"](#) (Argentine, Cour suprême, 2010)

Un père saisit le tribunal en faisant valoir son droit de faire rapatrier son enfant aux États-Unis, celui-ci ayant été enlevé illégalement dans les conditions d'application de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. La mère réplique qu'il existe un nombre important de raisons pour lesquelles l'enfant doit rester en Argentine, et que cela serait notamment dans son intérêt supérieur selon l'article 3 de la CDE. La Cour considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'intérêt supérieur de l'enfant indépendamment de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et elle statue que l'enfant doit être rapatrié aux États-Unis. Cette décision s'explique par le fait que la Convention de La Haye a été spécialement conçue pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant dans ce type d'affaires, mais aussi parce que selon son article 13, une autorité judiciaire ou administrative n'est pas tenue d'ordonner le rapatriement de l'enfant s'il est prouvé que cela l'exposerait à un « grave danger » de préjudices corporels ou psychologiques ou bien que cela le placerait dans une « situation intolérable ».

Cependant, la Convention de La Haye concerne essentiellement la compétence. Elle traite entre autres de la préservation des modalités de garde qui existaient avant l'enlèvement illicite. Un tribunal statuant sur une affaire relevant de la Convention de La Haye n'a pas normalement à examiner les questions de fond, excepté dans le cas où une partie entend prouver, par exemple, qu'un grave danger de préjudice existe (standard dont seuil de gravité est bien plus élevé que pour le principe d'intérêt supérieur). Bien que cela vise à assurer le bon fonctionnement de la Convention et à éviter les enlèvements illégaux d'enfants, cela ne veut pas dire que la Convention de La Haye ou tout autre outil de droit international soit nécessairement conçu de manière à protéger et à privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant. Étant donné que la Convention de La Haye est entrée en vigueur avant la CDE et que peu de droits de l'enfant ont été intégrés dans des documents juridiques internationaux, il ne serait pas forcément absurde que les tribunaux puissent en vérifier la compatibilité avec l'article 3.

L'intérêt supérieur de l'enfant comme « considération primordiale »

L'obligation de reconnaître l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale prévue par la Convention implique clairement que ce principe doit être au cœur des décisions le concernant. Cependant, dans la pratique, les tribunaux sont souvent restés vagues sur l'importance accordée à l'intérêt de l'enfant.

C'est surtout dans les affaires relatives à des questions de prestations sociales que des intérêts autres que celui de l'enfant sont privilégiés par les tribunaux lors de leur prise de décision. Il se peut que cela soit dû à l'incompatibilité de ce principe avec des politiques économiques plus générales. Par exemple, en 2014, la **Cour suprême d'Angleterre et du Pays de Galles** a entendu un appel contre un système de « plafonds » limitant le montant total des prestations

sociales auxquelles un foyer pouvait prétendre.³⁵ Ce système impliquait que chaque foyer percevant jusqu'alors un montant supérieur à l'un de ces plafonds verrait ses prestations sociales réduites. La plupart du temps, les plafonds étaient dépassés pour deux raisons principales : l'entretien d'une famille nombreuse et la perception d'importantes allocations logement permettant de régler les loyers élevés pratiqués en ville. Des plaignants ont contesté ces nouveaux plafonds, affirmant qu'ils constituaient une violation de l'intérêt supérieur de l'enfant prévu par la CDE et que rien n'indiquait que le ministre responsable de ces nouvelles réglementations ait traité l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale lors de leur mise en place. La Cour a rejeté l'appel, estimant notamment que l'article 3 n'oblige pas les décideurs à tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en priorité ni à considérer les politiques publiques dans un ordre particulier de priorité lorsqu'elles sont en conflit les unes avec les autres. Il importe seulement que le juge donne « au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale un poids approprié afin de trouver un juste équilibre ».

Les affaires concernant les procédures d'expulsion de parents entrés illégalement dans un pays, ayant dépassé le temps de séjour octroyé par leur visa ou dont la demande d'asile a été rejetée conduisent souvent à une analyse plus approfondie de l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son poids face à d'autres intérêts. En 1999, la **Cour suprême du Canada** s'est livrée à cette analyse lors de l'examen d'une affaire concernant l'expulsion d'une mère de famille.³⁶ Mme Baker, citoyenne jamaïcaine vivant au Canada avec ses quatre enfants de nationalité canadienne, faisait l'objet d'une procédure d'expulsion pour avoir dépassé le temps de séjour octroyé par son visa et avoir travaillé illégalement dans le pays. Elle était la seule à pouvoir s'occuper de deux de ses enfants et avait demandé à être dispensée de l'obligation de faire sa demande de résidence permanente depuis l'extérieur du pays, ce qu'un agent du service d'immigration avait refusé. Finalement, la Cour suprême a jugé que l'agent avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, ses notes démontrant un sérieux risque de partialité. Pour rendre cette décision, la Cour a examiné le rôle qu'avait joué le bien-être des enfants et l'importance qui devait lui être accordée :

« pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable. »

Dix ans plus tard, la **Cour suprême du Royaume-Uni** a suivi le même raisonnement lors de l'examen d'un recours contre une décision d'expulsion.³⁷ Une mère de deux enfants britanniques avait déposé un recours contre son expulsion du Royaume-Uni vers la Tanzanie. La Cour a jugé que

³⁵ *R (on the application of SG and others) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2014] EWCA Civ 156. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/39969.

³⁶ *Marvis Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1999] 2 SCR 817. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7183.

³⁷ *ZH v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 4. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7047.

l'intérêt supérieur de l'enfant devait être considéré en priorité et, dans le cadre de cette analyse, a établi une liste de facteurs à prendre en compte afin de déterminer s'il serait raisonnable pour un enfant de vivre dans un autre pays à la suite de l'expulsion d'un de ses parents. Parmi ces facteurs figuraient notamment le degré d'intégration de l'enfant dans son pays de résidence et le temps passé en dehors de l'autre pays ; où et avec qui l'enfant vivrait dans l'autre pays, ainsi que les possibles dispositions qui seraient prises concernant le soin de l'enfant ; l'impact sur les relations entre l'enfant et ses parents ou d'autres membres de la famille en cas de départ de l'enfant ; et l'identité de l'enfant en tant que citoyen britannique. La Cour a aussi recommandé au service de l'immigration de recueillir l'opinion des enfants en vue de déterminer leur intérêt supérieur.

V. DROIT À ÊTRE ENTENDU

Article 12 :

(1) : *Les États 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) *À 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 appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.*

Procédure, substance et importance

En vertu de la CDE, les enfants ont le droit d'être entendus sur toutes les questions les intéressant et leurs opinions doivent être prises en considération eu égard à leur âge et à leur degré de maturité. Le champ d'application de ce droit est vaste, des audiences et des décisions relatives à la garde des enfants aux décisions concernant les politiques en matière de santé et d'environnement. Cependant, il est le plus explicite lors des procédures judiciaires ou administratives concernant les enfants, au cours desquelles ils ont le droit d'être entendus soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant approprié. Par conséquent, il n'est pas étonnant que ce droit ait été couramment utilisé par les tribunaux, et ce, dans divers contextes.

Considérant qu'une décision qui ne tient pas compte du droit de l'enfant d'être entendu est sérieusement viciée, ce droit a une application essentiellement procédurale. En 2010, la **Cour constitutionnelle tchèque** a examiné une telle décision.³⁸ Une mère a fait appel de la décision rendue par un tribunal de district de lui retirer la garde de sa fille. Ce tribunal avait ordonné que l'enfant, qui avait des problèmes de santé, soit placée dans un centre de soins d'urgence et que sa garde soit transférée à un foyer pour enfants de la région. Cependant, la mère était allée récupérer l'enfant dans l'établissement psychiatrique où elle séjournait avant de fuir à l'étranger. Par la suite, revenue en République tchèque, elle avait exprimé sa volonté de s'occuper de l'enfant. La fillette n'ayant pas eu la possibilité de s'exprimer et son opinion n'ayant pas été prise en considération pour déterminer l'issue de cette affaire, la Cour constitutionnelle a statué que la procédure allait à l'encontre du droit de l'enfant d'être entendu, défini par l'article 12 de la CDE. Par conséquent, la Cour a ordonné d'engager une nouvelle procédure afin de remédier à ce manquement.

Dans le cadre d'autres décisions, une approche plus concrète consistant à interpréter et à mettre en application les opinions de l'enfant est adoptée. Cela est souvent le cas dans les affaires relevant du droit de la famille, dans lesquelles les revendications des parents qui sont souvent en conflit

³⁸ *Right of a minor child to be heard in proceedings in which decisions are made about his/her affairs* [2010] III.ÚS 3007/09. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7122.

peuvent faire oublier celles de l'enfant. La **Cour d'appel de Hong Kong**³⁹ a instruit une affaire concernant un père qui, en vertu de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, avait déposé une demande pour que ses enfants reviennent sur le territoire américain. Ces derniers avaient été emmenés par leur mère à Hong Kong immédiatement après le divorce de leurs parents. Le père a effectivement voulu écarter la volonté des enfants de rester avec leur mère, en soutenant que ces derniers n'avaient pas exprimé le désir de rester à Hong Kong, mais plutôt de vivre avec leur mère, ce qu'ils pouvaient tout à fait faire aux États-Unis. La Cour a rejeté cet argument, considérant que le refus d'écouter les opinions des enfants à cause d'un détail pratique serait non seulement artificiel, mais constituerait également une violation de l'article 12 en raison de l'absence de prise en compte des opinions des enfants. « *Du point de vue de l'enfant, dans ces circonstances, le lieu et la personne sont identiques.* »

Certains tribunaux sont allés encore plus loin. Ils ont non seulement appliqué le droit de l'enfant d'être entendu en tenant compte de son opinion au moment de la décision, mais également établi des ordonnances d'une grande flexibilité reflétant l'évolution éventuelle des opinions de l'enfant. En 2011, dans un litige en matière de garde d'enfants, la **Haute Cour de Malaisie**⁴⁰ a confirmé une ordonnance donnant la garde du plus jeune des enfants à la mère et celle de l'aîné au père. Cependant, après un entretien avec les deux enfants, la Cour a soumis l'ordonnance à une responsabilité conjointe des deux parents ainsi qu'aux souhaits des enfants. Cela signifiait que les enfants pouvaient à tout moment décider de préférer vivre avec leur père ou leur mère. Soumettre ainsi une ordonnance à la volonté de l'enfant signifie reconnaître que ses opinions et ses intérêts peuvent évoluer au fil du temps et permet d'essayer de donner corps à cette réalité.

Les tribunaux ont aussi examiné la question de l'importance à accorder à l'opinion des enfants, ainsi que celle de la nécessité de remettre en question les conceptions traditionnelles à l'égard de leurs compétences. Les opinions des enfants ont été traditionnellement exclues des procédures pénales, de nombreux pays imposant des restrictions quant à leur capacité à témoigner. En 2015, dans une affaire examinée par la **Cour d'appel des Fidji**⁴¹, un homme a fait appel de sa condamnation pour abus sexuels sur mineur au motif qu'elle était entièrement fondée sur le témoignage non corroboré d'un enfant de huit ans. À cette époque, la loi sur la protection des mineurs contenait une disposition exigeant que les enfants-témoins âgés de moins de 14 ans soient soumis à une enquête visant à déterminer leur capacité à témoigner. Cette procédure avait pour but de démontrer qu'ils étaient en mesure de comprendre la nature et les conséquences d'une déclaration sous serment avant de les juger compétents pour en fournir une. Un enfant qui ne réussissait pas cet examen était autorisé à fournir un témoignage sans prêter serment. Ce témoignage devait être néanmoins corroboré, faute de quoi l'accusé était acquitté. La Cour a rejeté l'appel, estimant que l'exigence de corroboration était fondée sur des idées reçues et des préjugés dépassés, qu'elle allait à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant et, par conséquent, qu'elle était contraire à la Constitution.

Les décisions concernant l'importance à donner à la parole de l'enfant ne vont pas toujours dans le sens du droit à être entendu. En 2008, la **Cour d'appel des affaires familiales de**

³⁹ *JEK v. LCYP* [2015] HKCU 1999. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : <https://www.crin.org/en/library/legal-database/jek-v-lcyp>.

⁴⁰ *Dr Aparna Sehgal v. Dr Jasmeet Singh Sucha Singh, Originating Summons No. F-24-58-2011*. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/43001.

⁴¹ *Kumar v. State* [2015] FJCA 32. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/42562.

Montevideo en Uruguay a entendu une affaire concernant un parent voulant rester en contact avec son enfant.⁴² Le père d'un garçon de 14 ans avait déposé une demande de droit de visite. Les deux parents avaient des antécédents de violence familiale. Bien que l'enfant eût exprimé son désir de ne plus voir son père, la Cour a statué qu'il était important pour l'enfant de garder un lien avec ce dernier. En outre, elle a ordonné que le père et son fils assistent ensemble à des séances de thérapie. La Cour a conclu qu'il serait préférable, dans l'intérêt de l'enfant, de lui donner la possibilité d'établir une relation avec son père plutôt que de suivre sa volonté de ne plus le voir.

« [...] Nous ne devons pas perdre de vue le fait que l'opinion de l'enfant est l'un des facteurs devant être évalués par un juge en tant qu'élément de son analyse critique, tout en prenant soin de ne pas laisser le contrôle de l'État envahir la sphère de décision parentale. Compte tenu de ces éléments, il ne serait pas juste d'ignorer l'opinion de l'enfant, d'autant plus que l'importance de ce facteur est clairement établie dans l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Toutefois, il est important de souligner que ce facteur n'implique pas forcément de faire ce que l'enfant désire, mais plutôt de prendre en compte son opinion conjointement avec les autres éléments de l'affaire afin qu'il ne se retrouve pas à jouer un rôle d'arbitre qui ne relève ni de sa responsabilité, ni de ses capacités de décision. »

Droits contradictoires

L'importance à accorder à l'opinion d'un enfant a souvent suscité la controverse, notamment quand cet aspect interfère avec d'autres droits prévus par la Convention. Le chevauchement entre l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à être entendu est particulièrement problématique devant les tribunaux, notamment lorsque l'enfant peut avoir une opinion utile à la prise de décision, mais qu'il ne serait pas dans son intérêt supérieur de témoigner. Afin de veiller à ce que tous les éléments pertinents et la situation de l'enfant soient pris en compte, le Comité des droits de l'enfant a prescrit la mise en balance des droits contradictoires.⁴³ Cette approche n'a cependant été adoptée que sporadiquement.

En 2002, la **Cour suprême d'Autriche** a instruit un appel contestant une procédure de divorce au cours de laquelle une enfant avait été autorisée à donner son opinion sur les droits de garde et de visite.⁴⁴ La mère avait cherché à empêcher l'audition de l'enfant, au motif qu'elle créerait un conflit de loyauté susceptible de nuire à son bien-être. La Cour suprême a refusé d'entendre l'opinion de l'enfant sur les questions de droits de garde et de visite au cours des procédures de divorce ne se justifie que si et seulement si le partage de cette opinion est nuisible au bien-être de l'enfant ou si ce dernier ne comprend pas ce qu'implique une telle procédure. Les cas dans lesquels un tribunal peut choisir de ne pas entendre un enfant sont donc limités, mais cela couvre des situations dans lesquelles l'enfant serait placé dans une position l'obligeant à choisir entre l'un de ses parents au détriment de son intérêt supérieur. De tels exemples peuvent nous amener à nous demander si, dans certains cas, empêcher totalement l'enfant d'exprimer son opinion plutôt que

⁴² *Affaire 181/2008 [2008] Sentencia Tribunal Familia 1er Turno No. 181/2008*. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7170.

⁴³ Comité des droits de l'enfant de l'ONU, Observation générale 14 (2013) sur le droit de l'enfant d'avoir son intérêt supérieur reconnu comme étant une considération primordiale (article 3, paragr. 1), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013.

⁴⁴ *File No. OGH - 7Ob95-02z [2002]*. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7139.

d'adopter un processus qui lui permettrait de le faire sans qu'il éprouve un conflit de loyauté représente la solution la plus équilibrée. Néanmoins, il est clair que ce raisonnement est une tentative de mise en balance des droits contradictoires de l'enfant.

Dans les affaires où l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à être entendu risquent d'être en conflit, ce raisonnement équilibré fait souvent défaut lors des prises de décision. En 2009, un homme reconnu coupable d'abus sexuels sur un enfant a formé un recours devant la **Cour d'appel de Tanzanie** au motif que le juge de première instance n'aurait pas dû autoriser la jeune victime et un jeune témoin à témoigner sans avoir prêté serment.⁴⁵ Estimant que le juge de première instance n'avait pas évalué de manière adéquate la capacité des enfants à témoigner, la Cour a annulé la condamnation et a refusé d'ordonner un nouveau procès en première instance, considérant que ce ne serait pas dans l'intérêt supérieur de la victime. La Cour a estimé que la tenue d'un nouveau procès en première instance cinq ans après l'agression présumée serait un nouveau traumatisme pour l'enfant et irait à l'encontre de son intérêt supérieur aux termes de la CDE. L'arrêt ne fait mention ni du droit des victimes à être entendues, ni d'une tentative de trouver un équilibre entre les intérêts en jeu ou de déterminer si l'enfant souhaitait témoigner.

⁴⁵ *Jackson Davis v. The Republic* [2009] TZCA 2 (20 November 2009). Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7167.

VI. PRIVATION DE LIBERTÉ

Les normes en matière de détention établies par la Convention relative aux droits de l'enfant sont parmi les plus citées dans notre base de données. Cela est dû non seulement au chevauchement entre ces normes et les domaines couverts par nos campagnes et nos actions de plaidoyer, mais aussi au fait que les mesures de détention sont souvent placées sous le contrôle des tribunaux. Par ailleurs, le contentieux de la détention donne souvent accès à l'assistance juridique, permettant aux enfants dont les droits ont été bafoués lors de leur détention de contester leur traitement.

La détention comme mesure de dernier ressort

Article 37 (b) :

« Les États parties veillent à ce que : nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible ; »

Les principes de dernier ressort et de durée aussi brève que possible de la détention sont au cœur des normes internationales en matière de justice des mineurs.⁴⁶ Dans l'absolu, cette norme peut être trop vague pour pouvoir expliquer de façon concrète quand il est légitime de placer un enfant en détention. Néanmoins, la façon dont elle a été appliquée dans les tribunaux du monde entier commence à révéler sa signification et à remettre en cause le recours excessif à cette pratique.

Les raisonnements les plus explicites concernant la pertinence du recours à la détention en « dernier ressort » apparaissent lorsqu'il s'agit d'évaluer si une décision individuelle de placement en détention d'un enfant est conforme à ce principe. En 2016, la **Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud** a examiné l'arrestation et la détention d'une adolescente de 15 ans.⁴⁷ La police s'était rendue à son domicile suite à une plainte déposée contre sa mère. Quand la police avait essayé d'arrêter cette dernière, l'adolescente s'était interposée. La mère et la fille avaient été arrêtées et détenues au commissariat le plus proche pendant toute la nuit. Appliquant directement la norme du dernier ressort, la Cour a conclu que l'agent de police responsable de l'arrestation n'avait pas cherché de mesures alternatives à la détention, malgré le fait que le père de l'adolescente était disponible, disposé à s'en occuper et à s'assurer qu'elle assiste à toutes les audiences, si nécessaire.

L'importance accordée à la recherche de mesures alternatives à la détention et l'efficacité qu'elles auraient eues sont des questions récurrentes dans les affaires relatives à la privation de liberté des enfants impliquant la CDE. En 2016, la **Cour d'appel des Bahamas** a annulé la décision d'un tribunal de degré inférieur qui refusait la mise en liberté sous caution d'un mineur. Le garçon avait été placé en détention préventive pendant les 10 mois précédant son procès pour vol. Durant cette

⁴⁶ Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), règle 13.1 ; Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, règle 1 ; Directives relatives aux enfants dans le système de justice pénale (Directives de Vienne), directive 18.

⁴⁷ *Raduvha v. Minister of Safety and Security and another* [2016] ZAC 24. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/42898.

période, il s'est vu refuser le droit de consulter un médecin. La Cour a essentiellement fondé sa décision sur le fait que la détention n'était pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, le garçon avait besoin de soins médicaux, car, lors de son arrestation, il avait reçu une balle qui n'avait toujours pas été retirée au moment de l'appel. Dans cette affaire, la Cour a aussi abordé la pertinence de la norme du « dernier ressort ». Elle a notamment conclu que l'absence de prise en compte de mesures alternatives à la détention préventive, telles que la liberté sous caution, le placement sous contrôle judiciaire avec obligation de se présenter régulièrement auprès d'une administration désignée par le juge et le port d'un bracelet électronique, constituait une violation de la norme du recours à la détention en tant que dernier ressort.

Dans les affaires impliquant la détention d'enfants, les tribunaux doivent être clairs et précis sur les aspects de la décision qui ne respectent pas cette norme mais sont néanmoins très dépendants des faits. Toutefois, le principe directeur en matière de détention établi par la CDE s'applique également au recours plus systématique à la détention et a été utilisé par les tribunaux nationaux lors de débats sur la compatibilité des peines d'emprisonnement minimales obligatoires pour les enfants avec ce principe.

Bien qu'il ait finalement été annulé en appel, le raisonnement de la **Haute Cour du Swaziland**, qui portait sur l'adéquation entre les peines d'emprisonnement minimales obligatoires et l'obligation du recours à la détention des enfants en tant que mesure de dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible, témoigne du développement de ce principe de la CDE sur le plan national.⁴⁸ La Cour n'avait pas d'autre choix que de condamner un adolescent reconnu coupable de viol à une peine d'emprisonnement de neuf ans minimum. Appliquant la CDE, la Cour a jugé que ces peines obligatoires violaient l'interdiction des peines cruelles, inhumaines ou dégradantes, en raison de « la fragilité physique, émotionnelle et psychologique » des enfants, mais aussi parce que dans ce cas, la détention ne pouvait pas être considérée comme une mesure de dernier ressort. Ce raisonnement n'était pas expliqué en détail dans le jugement, mais il était sous-entendu que, dans le cas où il n'y avait pas d'alternative à une peine d'emprisonnement déterminée, il était impossible de garantir que cette peine était bien une mesure de dernier ressort et qu'elle correspondait à une durée aussi brève que possible. La détention ne peut pas être à la fois une mesure de dernier ressort et une mesure de premier ressort, et elle ne peut pas non plus être d'une durée la plus brève possible quand une peine d'une durée minimale doit être purgée.

La Cour constitutionnelle d'**Afrique du Sud** a examiné une affaire similaire en 2009, proposant un raisonnement plus explicite. La Constitution sud-africaine reprend l'obligation de la CDE de ne placer les enfants en détention qu'en dernier ressort et pour la plus courte durée possible. La Cour constitutionnelle a considéré que les peines minimales pour des infractions graves commises par des enfants de 16 et 17 ans violait cette disposition. La Cour a en effet considéré que le principe du dernier ressort exige que les peines soient individualisées, et exclut le recours à des peines plancher.⁴⁹

De la même façon, en concluant que la réclusion à perpétuité pour les enfants constituait une violation de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la **Cour interaméricaine des droits de l'homme** a utilisé de façon inédite la norme du recours à la détention en tant que

⁴⁸ *Masinga v. Director of Public Prosecutions and others* [2011] SZHC 58. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/41062.

⁴⁹ *Centre for Child Law v. Minister for Justice and Constitutional Development et al* [2009] ZACC 18. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/41245.

dernier ressort afin d'interpréter l'interdiction de l'emprisonnement arbitraire. Par le passé, la jurisprudence de la Cour avait utilisé cette disposition pour examiner les condamnations dites déraisonnables, imprévisibles ou disproportionnées. Cependant, en l'appliquant au contexte de l'emprisonnement à vie des enfants en **Argentine**, elle a directement utilisé les dispositions de la CDE comme principes directeurs. La Cour a conclu que les peines de réclusion à perpétuité étaient arbitraires dans la mesure où elles n'étaient pas exceptionnelles, qu'elles n'entraînaient pas une privation de liberté pour une durée aussi brève que possible ou pour une période déterminée au moment du jugement et qu'elles ne permettaient pas l'examen périodique de la nécessité de la privation de liberté.⁵⁰

Bien que le principe du recours à la détention en tant que dernier ressort soit mentionné dans de nombreuses affaires concernant le système de justice pénale, l'utilisation de ces normes fait jurisprudence dans d'autres contextes, notamment en matière de détention de migrants. La **Cour européenne des droits de l'homme** a utilisé cette disposition de la CDE dans l'interprétation et l'application de ses propres dispositions relatives au droit à la liberté et à la sûreté. En 2011, la Cour a examiné une affaire concernant un adolescent **afghan** de 15 ans arrivé en **Grèce** sous le statut de mineur non accompagné.⁵¹ Dans l'attente de son expulsion, l'adolescent avait été placé dans un centre de détention pour réfugiés avec des adultes et dans des conditions précaires. Pour arriver à la conclusion que la détention était illégale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour s'est appuyée sur les dispositions de la CDE selon lesquelles le placement en détention doit être une mesure de dernier ressort et que toute décision concernant un enfant doit traiter son intérêt supérieur en tant que considération primordiale. En particulier, la Cour a jugé que l'incapacité des autorités grecques à envisager toute alternative à la détention discréditait sa prétention d'avoir agi de bonne foi.

Cette association du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant avec celui de la détention comme mesure de dernier ressort reflète la manière dont le Comité des droits de l'enfant commence à établir des normes relatives à la détention d'enfants dans le contexte de la migration. Cependant, à ce jour, le Comité est allé plus loin que la Cour européenne des droits de l'homme en reconnaissant que la détention d'un enfant en raison de son statut migratoire n'est jamais dans son intérêt supérieur.⁵²

La détention comme peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant

Article 37(a) :

« Les États parties veillent à ce que : nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans ; »

⁵⁰ *Mendoza et al v. Argentina* [2013] Series C No. 260. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/40373.

⁵¹ *Rahimi v. Greece* [2011] Application No. 8687/08. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/40062.

⁵² Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, para. (32). Disponible à l'adresse suivante : http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC_DGD-Childrens_Rights_InternationalMigration.pdf.

Au-delà du principe du recours à la détention en tant que mesure de dernier ressort, la Convention interdit également spécifiquement les peines les plus extrêmes. La peine de mort et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération, ainsi que la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont explicitement interdits par la CDE. Beaucoup d'opposants à l'emprisonnement à vie des enfants s'appuient sur l'association de ces interdictions afin de soutenir que cette pratique est cruelle, inhumaine et dégradante. La **Cour interaméricaine** a été la première cour régionale des droits de l'homme à reconnaître explicitement que le recours à l'emprisonnement à vie pour les enfants constituait une violation de ce droit. La torture ou les peines cruelles, inhumaines ou dégradantes étant également interdites par la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'application directe de la CDE a été limitée dans le cadre de cette décision.⁵³ Ce raisonnement s'est appuyé en grande partie sur la forme précise de la réclusion à perpétuité en Argentine, qui exige une période de 20 ans avant qu'une libération conditionnelle puisse être envisagée. De ce fait, on ne sait toujours pas si la Cour considère toutes les formes d'emprisonnement à vie comme étant une violation de cette interdiction.

Les **États-Unis** étant le seul pays à ne pas encore avoir ratifié la CDE, il peut paraître surprenant que les arrêts antérieurs prononcés par la **Cour suprême** en matière de peines de réclusion à perpétuité pour les enfants s'appuient sur la Convention. En 2010,⁵⁴ la Cour suprême des États-Unis n'a pas utilisé la CDE pour faire autorité, mais plutôt pour étayer ses arguments et déclarer inconstitutionnelles les condamnations à des peines d'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle prononcées contre des enfants ayant commis des crimes autres qu'un homicide. En effet, la Cour s'est appuyée sur « le poids écrasant de l'opinion internationale » contre cette pratique pour confirmer qu'elle était contraire à l'interdiction des « châtiments cruels et exceptionnels » inscrite dans la Constitution américaine.

Humanité, respect et dignité

Article 37(c) :

« Les États parties veillent à ce que : tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles ; »

La disposition de la CDE exigeant que les enfants ne soient jamais placés en détention avec des adultes sauf si cela s'avère être dans leur intérêt supérieur a également permis de multiplier les recours en justice fondés sur la Convention.

Dans les affaires impliquant cette disposition de la CDE, son interprétation et son application ont souvent été simples et directes. Examinant le cas d'un adolescent de 16 ans détenu avec des adultes

⁵³ American Convention on Human Rights, Article 5(2). Disponible à l'adresse suivante : www.crin.org/node/6561.

⁵⁴ *Graham v. Florida* [2010] 560 US _____. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7008.

dans l'attente de son procès, la **Cour constitutionnelle du Malawi** a directement appliqué la disposition de la CDE empêchant cette pratique, ainsi que d'autres dispositions constitutionnelles similaires, afin d'ordonner la remise en liberté immédiate de l'adolescent.⁵⁵ De la même façon, dans une affaire mettant en cause le recours systématique à la détention aux côtés d'adultes, d'enfants arrêtés pour des affaires non pénales et plus particulièrement pour vagabondage, la **Commission interaméricaine des droits de l'homme** a appliqué la CDE conjointement aux dispositions nationales afin d'établir la responsabilité des autorités **honduriennes** de séparer des enfants et des adultes lors de leur mise en détention.⁵⁶

⁵⁵ *Evance Moyo v. Attorney General* [2007] Révision constitutionnelle, affaire constitutionnelle n° 12 of 2007. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7032.

⁵⁶ *Minors in detention v. Honduras* [1999] Affaire 11.491, Inter-Am CHR, Report No. 41/99. Jugement complet et résumé disponibles à l'adresse suivante : www.crin.org/node/7161.

VII. CONCLUSION

Presque trente ans après son entrée en vigueur, la Convention relative aux droits de l'enfant influence les tribunaux du monde entier. Sa valeur juridique est de plus en plus reconnue, et ses droits et principes imprègnent progressivement les systèmes juridiques nationaux.

Malgré cette influence, les droits des enfants dans les tribunaux, ainsi que dans bien d'autres contextes, risquent de dépendre des adultes et d'y être soumis. Même dans les décisions présentes dans cette base de données, qui citent toutes explicitement la CDE, les enfants directement concernés sont trop souvent écartés. En effet, leur participation est utilisée comme un instrument servant à étayer les arguments des adultes qui se trouvent réellement au cœur de ces procédures. Des affaires de garde qui tirent parti des droits de l'enfant pour servir les intérêts d'un parent aux États qui en abusent afin de limiter les droits de l'homme de l'ensemble de la population, les procédures impliquant les droits des enfants ne mettent pas toujours ces derniers au centre de leurs décisions.

Il existe cependant des raisons d'être optimiste. Les affaires dans lesquelles les enfants et leurs défenseurs ont recours aux tribunaux afin de faire avancer les droits des enfants et de les protéger sont légion. De grands progrès ont été réalisés, et ont déjà permis d'abolir les lois régressives et d'adapter les politiques nationales dans le but d'améliorer les conditions de vie des enfants. En transformant la Convention qui n'était, au départ, qu'une grande déclaration de principes en un outil permettant d'ancrer dans la réalité les droits qu'elle entérine, le droit et la défense juridique se sont révélés être un instrument puissant en faveur des enfants.

Il est indéniable qu'il reste encore un long chemin à parcourir. Les enfants sont trop souvent considérés comme des objets de protection plutôt que des sujets de droit. Cependant, si la Convention est vraiment utilisée comme l'instrument juridique qu'elle est, elle a la possibilité faire des droits de l'enfant une réalité.