

LE DOSSIER DU MOIS DE L'ARTIAS

La Convention des droits de l'enfant: approche générale et principes de l'intérêt supérieur et de la parole de l'enfant

Dossier préparé par:

Jean Zermatten

Ancien président du Tribunal des mineurs du Valais, directeur de l'Institut international des droits de l'enfant, membre du comité des droits de l'enfant de l'ONU,
<http://www.childsrights.org>

Septembre 2007

Avertissement: *Le contenu des «dossiers du mois» de l'ARTIAS n'engage que leurs auteur-es*

RESUME

Depuis 18 ans, la Convention des droits de l'enfant devrait être connue et appliquée. Pour le respect de l'enfant comme personne. Le constat, est hélas, assez mitigé, tant du point de vue de la connaissance des droits de l'enfant que du point de vue de son application: les cas de violations viennent plus facilement à l'esprit que les cas de bonnes pratiques...

L'intérêt supérieur de l'enfant et l'écoute de sa parole sont des passages obligés pour tous ceux qui ont à décider de l'avenir de l'enfant, dans les procédures. Mais aussi dans la vie privée (en famille) et probablement dans la vie publique (surtout à l'école), pour ne pas dire politique. Considérer l'enfant comme une personne à part entière, qui doit être éduquée, soignée, aimée et protégée, mais qui doit aussi être traitée comme digne d'être un partenaire qui a quelque chose à dire et qui peut nous intéresser.

C'est notre responsabilité d'adulte.

Mais c'est probablement encore un long chemin à parcourir, car les droits de l'enfant, dans la forme participative ne sont pas encore entrés réellement dans nos mœurs.

PLAN

I. Introduction: vers les droits de l'enfant

- a) des droits de l'homme vers les droits de l'enfant
- b) de l'intérêt pour l'enfant à l'enfant sujet de droits

II. La Convention et ses mécanismes

- a) une petite révolution
- b) les mécanismes de base de la Convention

III. L'intérêt supérieur de l'enfant

- a) fonction et caractéristiques
- b) essai d'objectivation
- c) un intérêt forcément supérieur?
- d) l'intérêt supérieur de l'enfant a-t-il une portée politique?

IV. La parole de l'enfant

- a) notion et champs d'application
- b) conditions
- c) qui pour recueillir la parole de l'enfant
- d) la valeur et la portée de la parole de l'enfant
- e) l'enfant dit-il toujours la vérité?
- f) le rôle des adultes

V. Conclusion

I. Introduction: vers les droits de l'enfant

Le mouvement moderne des droits de l'homme a été amorcé en Occident par la *Déclaration d'Indépendance américaine, proclamée à Philadelphie le 4 juillet 1776* qui rejette la théorie selon laquelle certaines personnes ont un droit de vie ou de mort sur d'autres et établit le principe que tous les hommes sont par nature égaux et indépendants et ont certains droits...¹ . Puis, la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, promulguée le 4 août 1789*, vient renforcer cette idée nouvelle, en abolissant les privilèges et établissant le principe de l'égalité entre tous les Français².

a) Des droits de l'homme vers les droits de l'enfant

Mais ce n'est que très récemment (60 ans à peine), que les droits de l'homme entrent de plain pied et réellement dans l'ordre juridique international par la promulgation, le 10 décembre 1948 à Paris, de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui va définir plus précisément le contenu des droits de l'homme en affirmant que les droits de l'homme ne sont pas seulement ceux attribués à des hommes citoyens, mais à toute personne dès sa naissance, qui naît libre et égale en droits et en dignité. Les droits ne découlent donc pas du bon vouloir des Etats ou du fait de détenir un statut de citoyen ou de national, mais ces droits sont attachés à la personne humaine, à toutes les personnes humaines. Et ces droits ont une portée universelle.

Nous voilà donc devant une réalité: les droits de l'homme sont une «invention récente». **Et les droits de l'enfant?**

La Déclaration universelle des droits de l'homme sensée «couvrir» toutes les personnes humaines, répondait-elle à la question de savoir si un enfant était considéré comme un individu à part entière (et donc titulaire aussi des droits de l'homme) ou s'il n'était, pour reprendre une expression consacrée, qu'un «adulte miniature», donc pas vraiment digne de détenir des droits de la personne? Il ne faut pas oublier qu'à la période de 1948, l'enfant est encore sous le régime de la puissance paternelle et que la famille n'est pas aussi protéiforme qu'elle l'est aujourd'hui, mais plutôt famille monolithique, composée d'un père et d'une mère et de plusieurs enfants. Dans cette idée, l'enfant est soumis à son père (éventuellement à sa mère, par délégation), qui prend toutes les décisions utiles à son égard, sans en référer à l'enfant.

De l'avis général, cette Déclaration universelle **n'est pas un texte spécifique destiné à l'enfant et ne fonde pas ce que nous appelons aujourd'hui les droits de l'enfant**. Cette déclaration énumère, comme l'avait fait la Déclaration de 1924³, les principaux droits de l'homme: droit à la vie, à la liberté, à la sûreté, à l'égalité devant la loi, à la nationalité, à la propriété, à la liberté de pensée, de conscience, d'opinion, d'association ... Ce sont donc des droits reconnus à tous les hommes. Sont-ils aussi reconnus aux enfants? La Déclaration n'est pas explicite à ce sujet, même si l'on peut penser que ces droits devraient également être dévolus aux enfants. Mais l'on peut se poser légitimement quelques questions, notamment sur les droits civils comme la liberté d'opinion, d'association, et sur le droit au travail. Donc en résumé une Déclaration faite pour des adultes.

¹ Rédigée par Thomas Jefferson avec le concours de Benjamin Franklin: en parlant de tous les hommes ne fait pas référence à l'universalité du genre humain, mais seulement à l'homme blanc, qui se sent citoyen des Etats-Unis et qui lutte contre la couronne britannique pour son indépendance.

² Elle ne se prononce pas sur la nature du régime politique (démocratie par exemple) et consacre qu'elle s'applique surtout aux hommes qui sont citoyens de l'Etat français, et non à tous les hommes.

³ Déclaration des droits de l'enfant dite Déclaration de Genève, promulguée en 1924 par la SDN

Dès lors, le 20.11.1959, **la Déclaration des Droits de l'Enfant**, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies et sorte de pendant à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme éclaircit la situation. Ce texte se réfère aux droits de l'Homme tout en déclarant que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins particuliers, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance. Elle énonce 10 principes, rédigés en partie comme «l'enfant doit recevoir l'éducation...les soins...», en partie sous la forme «du droit de l'enfant à...»; on passe donc, de manière progressive, de l'attention spéciale apportée à l'enfant à la reconnaissance de droits propres; mais ce texte est encore assez éloigné de la notion moderne de droits de l'enfant.

La Déclaration des droits de l'enfant de 1959 était une belle avancée mais sans portée contraignante pour les Etats. Pour disposer d'un instrument juridique liant les Etats, les Nations Unies, à l'instigation de la Pologne, ont travaillé pendant dix ans pour élaborer une Convention sur les droits spécifiques des enfants, faisant partie de l'ensemble «droits de l'homme», mais répondant au défi à la fois de protéger les enfants et à la fois de les considérer comme des personnes à part entière, donc susceptibles de poser des actes qui les engagent. **C'est la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, (ci-après la Convention ou la CDE) adoptée le 20.11.1989, par acclamation de l'AG des NU et entrée en vigueur en 1990, actuellement signée et ratifiée par 192 Etats sur 194.**

La **Suisse** a ratifié la Convention il y a dix ans; elle est entrée en vigueur pour notre pays le 26 mars 1997.

b) de l'intérêt pour l'enfant à l'enfant sujet de droits

On peut dire que la deuxième moitié du XXe siècle a provoqué une rupture de la conception de la famille, cellule de base et noyau de la société, pour consacrer le concept de l'individualisme: **l'homme est libre et responsable; ce ne sont pas les liens sociaux qui l'obligent, mais c'est lui qui choisit les liens par lesquels il entend se lier.** Son accomplissement personnel et son «bonheur» sont devenus les buts existentiels de l'homme. Dès lors, l'autorité ne peut pas s'imposer à lui et il la refuse allant jusqu'à «il est interdit d'interdire»⁴.

De même **le lien du mariage sur lequel la famille était fondée a évolué vers un lien de nature contractuelle**, qui a perdu en grande partie de l'aspect de *sacralité* (ici notion juridique qui protège l'institution laïque du mariage, sans lien avec la protection religieuse accordée au «sacrement» du mariage), pour devenir une union librement consentie, basée elle aussi, sur une visée d'accomplissement personnel et pas forcément de couple, union dont on peut se défaire par consentement mutuel. Les chiffres des «démariages», (expression célèbre d'Irène Théry⁵), démontrent cette évolution.

Cela conduit donc à une évolution très importante dans les modes de transmission qui ne se font plus de manière autoritaire, mais de manière participative, dans les attitudes des parents envers les enfants. On peut synthétiser ainsi: de l'enfant inexistant, presque animal, en passant par l'enfant objet d'intérêt et soumis à l'éducation, puis membre d'une famille idéalisée, on en arrive **à l'enfant, personne à part entière, bénéficiant de garanties, de protection et reconnue comme vulnérable, mais néanmoins individu, égal aux autres individus et détenant des droits à faire valoir à ce titre.**

⁴ Slogan qui a fleuri sur toutes les pancartes de mai 1968, sans qu'il soit possible de lui attribuer un auteur...

⁵ Théry I. Le démariage, O.Jacob, Paris, 1993

Du point de vue des droits humains, on admet aujourd'hui que l'enfant est une personne. Mais il est une personne qui n'a pas encore développé la jouissance de tous ses droits et qui doit donc souvent les faire valoir par les adultes. Il a donc fallu inventer un instrument juridique pour faire valoir cette position: c'est la Convention des droits de l'enfant.

II. La Convention et ses mécanismes

a) une petite révolution

Il est commun de désigner la CDE comme la convention dite des 3 P. **P** comme **Prestation**, **P** comme **Protection** et **P** comme **Participation**. Les deux premiers P ne sont pas vraiment révolutionnaires, puisque dans le développement historique des droits de l'enfant, dès l'origine – et certainement de tous les temps – l'adulte a considéré que l'enfant, être en devenir et dépendant matériellement des adultes, devait jouir de prestations spécifiques et que son état de personne vulnérable méritait une protection particulière.

La CDE consacre donc cette vision de l'enfant en lui garantissant **des prestations** (services ou biens) soit existantes déjà dans les textes antérieurs (alimentation, hébergement, éducation, santé), soit nouvelles comme l'identité, c'est-à-dire le droit de l'enfant à un nom et à une nationalité et la protection de son identité; comme la réadaptation et la réinsertion, notamment des enfants victimes de mauvais traitements.

La CDE, comme la Déclaration de 1959, voue une attention particulière à la **protection** des enfants. Elle reprend ici des principes déjà connus tels la protection contre les abus, contre le travail⁶, contre l'exploitation sexuelle. Elle développe certains de ces principes, notamment les deux derniers domaines cités: abus sexuels et travail et étend la protection à des domaines nouveaux: protection contre la torture, protection contre l'engagement des enfants dans les conflits armés, protection contre le trafic et la consommation de produits stupéfiants, protection contre la privation de liberté non justifiée, protection contre la séparation de ses parents sans raison. La promulgation, en 2000 des deux Protocoles facultatifs sur les enfants dans les conflits armés et sur l'exploitation sexuelle, le trafic et l'utilisation des enfants dans la pornographie accentuent encore cet aspect protectionnel⁷.

Jusque là, on est dans le connu et cette Convention, même si elle innove dans quelques domaines, ne peut être qualifiée de révolutionnaire.

Mais la CDE bouscule toutes les certitudes des adultes, c'est dans le **troisième P, celui de la participation** et c'est là que réside le principal mérite de ce texte. Il donne, en effet, un nouveau statut à l'enfant qui n'est plus seulement celui à qui l'on accorde des prestations ou celui que l'on protège, mais qui devient aussi celui dont on doit recueillir et écouter la parole et qui est appelé à prendre part aux décisions qui le concernent. Il inaugure un nouveau contrat social entre l'Etat, la communauté, la famille et l'enfant.

⁶ cf. la Convention 138 du BIT de 1973

⁷ 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 (entré en vigueur le 18 janvier 2002) et **Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (entré en vigueur le 12 février 2002)**.

Cela se traduit par **le fameux article 12 CDE** qui donne le droit à l'enfant non seulement d'exprimer son avis, mais aussi de voir cette opinion prise en compte pour toutes décisions qui d'une manière ou d'une autre peuvent avoir une influence sur son existence. Cet article 12 ne doit pas être lu tout seul et il déborde de la fonction «technique» du recueil de sa parole (voire de l'interprétation de celle-ci) pour fonder l'origine de la liberté *d'expression* (art. 13), de la *liberté de religion* (art. 14), de la *liberté d'association* (art 15) et de la *liberté d'information* (art 17), comme du *respect de la vie privée* (art 16), facultés ainsi reconnues aux enfants et qui en font un être véritablement titulaire de droits.

C'est donc là l'innovation la plus spectaculaire de la CDE, puisqu'elle introduit le concept que l'enfant, au fur et à mesure de son développement (art 5 CDE, notion d'*evolving capacity*⁸) et selon le discernement dont il est capable, **peut participer à la vie de sa famille, de son école, de son centre de formation et de la Cité, en général. Il n'est plus seulement un membre passif dont on s'occupe, il devient un membre actif, un acteur** pourrait-on dire de son existence. Certes, il n'a pas encore tous les droits politiques, notamment celui de voter et d'être élu, mais il n'est plus un objet, propriété des adultes et remis à leur bon vouloir ou à leur bienveillance ou maltraitance. Il détient des droits personnels, inaliénables et fondés sur l'égalité, qui sont liés à sa personne et non à son statut de petit d'homme.

Par rapport aux droits politiques, il est intéressant de noter l'évolution récente allant dans le sens d'un abaissement du droit de vote à 16 ans. Ainsi l'Autriche vient d'octroyer à ses jeunes gens dès seize ans, le droit de vote. En Suisse, le canton de Glaris a fait de même⁹, les cantons de Berne et de Fribourg, sont sur la même voie, mais attendent une votation populaire, alors que le canton de Zurich, par son Grand-Conseil, a décidé de ne pas charger les adolescents de cette responsabilité¹⁰. Le parti socialiste suisse lance une initiative fédérale pour abaisser le droit de vote à 16 ans au plan fédéral.

b) les mécanismes de base de la Convention

La Convention dispose d'un certain nombre d'articles qui constituent des principes généraux (umbrella provisions en anglais, c'est-à-dire les dispositions sous lesquelles s'abritent toutes les autres) et d'autres qui sont des droits subjectifs (substantive rights); par exemple, l'article 1 est l'article qui définit la notion d'enfant. C'est typiquement un principe de base, car il ne donne pas accès à un droit subjectif: il indique qui est enfant selon la CDE et donc qui est justiciable de la Convention (ou autrement dit qui peut profiter des prestations, de la protection et de la participation accordées par l'instrument juridique). Par contre, l'article 6, (le droit à la vie, à la survie et au développement) constitue un véritable droit subjectif: celui de vivre, d'être protégé en cas de catastrophe et le droit de bénéficier du développement le meilleur possible.

Les principes généraux sont:

- l'art.1 qui, comme on vient de le voir, indique qui est justiciable de la Convention,
- l'art. 4 qui impose aux Etats de prendre toutes les mesures pour mettre en œuvre les droits reconnus par la Convention, notamment de consacrer les moyens financiers nécessaires, «dans toutes les limites des ressources dont ils disposent»,
- et l'art. 5 qui reconnaît le principe de la responsabilité primaire des parents en matière d'éducation et des conseils nécessaires au développement de l'enfant.

⁸ Landsdown G., *The evolving capacity of the Child*, Innocenti Center, Firenze, 2004

⁹ Decision de la Landsgemeinde du 6 mai 2007

¹⁰ 18.06.2007

Si ces trois articles définissent en effet des principes de base pour une application de la Convention, il y a par contre quatre autres articles qui constituent **les clés qui font tourner les serrures du système CDE**:

- l'article 2: la non – discrimination
- l'article 3: l'intérêt de l'enfant
- l'article 6: le droit à la vie, la survie et le développement
- l'article 12: la parole de l'enfant.

Ces articles consacrent à la fois **des droits procéduraux**, c'est-à-dire des étapes nécessaires à respecter pour que les décisions qui sont prises en application de la CDE respectent l'esprit et la lettre des droits de l'enfant, **et de véritables droits** (art. 2 = le droit à ne pas être discriminé, art 3 = droit à voir son meilleur intérêt être examiné, art. 6 = droit à être protégé et stimulé et art.12 = le droit à être écouté). Ce que j'exprime ici:

- sans possibilité de vie (ou de survie dans les situations de catastrophe), il n'y a bien sûr pas de possibilité de jouir et d'exercer des droits; cet article donne naissance à la fois aux prestations de base, mais aussi à des droits civils comme le droit à l'identité, à la nationalité, à connaître ses origines;
- sans examen de la discrimination, c'est-à-dire de savoir si dans des circonstances identiques les enfants sont traités de la même manière, il est difficile de reconnaître des droits à tous les enfants; la CDE est un instrument universel et doit donc pouvoir s'appliquer sous toutes les latitudes et dans toutes les circonstances de manière équitable (il ne s'agit évidemment pas d'une égalité arithmétique);
- le principe de l'intérêt de l'enfant est **la règle la plus procédurale qui soit**, puisqu'elle impose, dans toutes les décisions qui sont prises envers un enfant, que celui qui prend la décision examine si celle-ci répond à l'intérêt de l'enfant; ou si elle prise à l'égard du groupe collectif enfant, si elle favorise le développement harmonieux des enfants concernés, voire privilégie leur participation, leur intégration, leur épanouissement;
- la parole de l'enfant est un **passage obligé** imposé aux autorités administratives, judiciaires, voire politiques, en ce sens qu'il ne peut être décidé pour l'enfant, sans l'avoir entendu même si c'est «pour son bien»... De plus, il ne suffit pas d'entendre la parole de l'enfant, encore faut-il prendre son contenu en compte de manière sérieuse, «eu égard à son âge et à son degré de développement».

Si l'on met ces quatre dispositions en relation – et c'est ce que la CDE impose de faire - l'on se rend bien compte que l'on ne peut pas parler d'un quelconque droit subjectif de la Convention (prenons le droit à l'éducation comme exemple), sans se poser la question de la vie et du développement harmonieux, de la discrimination, sans requérir la nécessaire opinion de l'enfant et sans poser comme critère de décision l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces trois dispositions sont donc celles qui font que le mécanisme CDE fonctionne.

Dans le texte qui suit, je m'attache à développer les deux principes novateurs de la Convention: le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et la question de son opinion. C'est là que se situent les défis principaux posés par l'application de la Convention; de plus, ces deux dispositions sont complémentaires l'une de l'autre et qu'il n'est guère possible d'établir l'intérêt de l'enfant sans passer par l'étape du recueil de sa parole.

III. L'Intérêt supérieur de l'enfant

La notion d'intérêt de l'enfant (ou du bien de l'enfant) est une notion relativement ancienne qui remonte au droit romain et qui dans son acception moderne est l'héritière du mouvement protectionniste ou «Welfare» du début du siècle dernier; elle est connue de toutes les personnes qui travaillent dans le domaine de l'enfance, à un titre ou à un autre.

En Suisse, pour arriver à parler d'une notion comme le bien de l'enfant, il a fallu attendre la révision du droit de la filiation au début des années septante¹¹ pour voir introduire, relativement à l'adoption, la nécessité que "...l'établissement d'un lien de filiation serve au bien de l'enfant..."¹², alors que jusqu'alors il suffisait que l'on s'assure que "...l'adoption ne lui était pas préjudiciable...". La nuance est de taille: d'une définition négative: ne pas nuire, l'on est arrivé à une prescription positive: s'assurer du bien de l'enfant.

Toujours en Suisse, ce n'est que par la réforme du droit du divorce que la prise en compte de la nouvelle position de l'enfant est entrée dans la loi suisse, avec la consécration de la nécessité d'entendre la parole de l'enfant^{13, 14} et du principe du bien de l'enfant¹⁵.

La notion de l'intérêt de l'enfant est très difficile à définir et elle a fait l'objet de critiques extrêmement virulentes allant de la coquille vide au vase que l'on remplit à sa guise. Elle est nouvelle si on la rattache à la Convention des Droits de l'Enfant (CDE) puisque c'est l'art. 3 ch. 1 de ce texte qui fonde cette expression. Elle doit donc être à la fois vue comme une règle en soi, l'intérêt supérieur de l'enfant, soit l'aune à laquelle toute décision relative à un enfant doit être mesurée et à la fois comme une règle, appartenant à un tout, les Droits de l'Enfant, et fondant le nouveau statut de l'enfant.

"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale."

Cette disposition, si on l'analyse dans son ensemble, ne donne aucune explication particulière sur la manière de l'appliquer, ne fixe aucun devoir particulier, ni n'énonce de règles précises. Elle pose un principe¹⁶:

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

a) fonction et caractéristiques

On peut dire que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il est défini dans la CDE, mais aussi par exemple dans la Convention de la Haye sur l'adoption internationale, est une notion qui a deux rôles «classiques», celui de contrôler et celui de trouver des solutions (critère de contrôle et critère de solution)¹⁷.

¹¹ Loi fédérale du 25 juin 1976 révisant le droit de la filiation

¹² CCS, art 264

¹³ Loi fédérale du 26 juin 1998 révisant le droit du divorce

¹⁴ CCS, art. 133 al. 2 et 144 al.2

¹⁵ CCS, art 133 al. 3

¹⁶ Verschraegen B., Die Kinderrechtskonvention, Manz Verlag Wien, 1996, p.5

¹⁷ FULCHIRON H. De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss

- critère de **contrôle**: l'intérêt supérieur de l'enfant sert ici à veiller à ce que l'exercice des droits et des obligations vis-à-vis des enfants soit correctement effectué. C'est tout le domaine de la protection de l'enfance qui est concerné par cet aspect de contrôle.
- Critère de **solution**: dans le sens où le fait de devoir apprécier l'intérêt de l'enfant oblige les personnes amenées à prendre des décisions envers les enfants à évoquer toutes les solutions possibles dans tel cas concret, à les évaluer et à privilégier telle solution. Celle-ci sera alors choisie car étant «dans l'intérêt de l'enfant».

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

1. Contrairement à la plupart des articles de la Convention, l'art. 3 ch. 1 ne constitue ni un droit, ni un devoir, mais institue seulement *un principe d'interprétation* qui doit être utilisé dans toutes les formes d'interventions à l'égard des enfants.
2. Le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant est *un concept juridique indéterminé* qui doit être précisé par la pratique et qui devrait l'être par des règles d'application. La jurisprudence va aussi, en partant de l'étude des cas, amener des solutions applicables à d'autres situations ou à l'ensemble du groupe enfants. Il doit faire confiance à celui qui est amené à trancher.
3. Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est *relatif par rapport au temps et à l'espace*: au temps, puisqu'il est dépendant des connaissances scientifiques sur l'enfant à un moment donné; relatif dans l'espace, puisque ce critère devrait prendre en compte les normes valables dans tel pays, dans telle région. La notion du critère de l'enfant est donc de ce fait *évolutive*. La doctrine et la jurisprudence devraient donc faire évoluer beaucoup cette notion.
4. Le critère de l'intérêt de l'enfant est *subjectif* à un double niveau. «Il s'agit tout d'abord d'une subjectivité collective, ..., celle qu'une société donnée, à un moment donné de son histoire, qui se fait une image de l'intérêt de l'enfant: éducation de l'enfant dans telle ou telle religion par exemple ou refus de tout «excès» de pratique religieuse,....
5. L'intérêt de l'enfant est aussi marqué par une subjectivité personnelle qui se manifeste à un triple niveau.
 - *Subjectivité des parents* tout d'abord: quel parent ne prétend pas agir dans l'intérêt de l'enfant alors qu'il semble poussé par des considérations avant tout égoïstes (les juges du divorce le savent bien)?
 - *Subjectivité de l'enfant* également: le problème surgit notamment lors de la prise en compte de l'avis ou des souhaits de l'enfant, car si l'intérêt de l'enfant ne se réduit pas à la conception que s'en font les parents, il ne correspond pas nécessairement à l'image qu'en a l'enfant lui-même.
 - *Subjectivité du juge* enfin, ou de l'autorité administrative investie du pouvoir de prendre la décision: or chacun sait ici combien est forte cette subjectivité (ou en tout cas le risque de subjectivité), alors même que la décision prétend reposer sur une analyse «scientifique» de la situation.

Ces caractéristiques de l'intérêt de l'enfant montrent à la fois la *souplesse et la richesse de ce critère et ses faiblesses*. Disons, pour sa défense, qu'il présente l'avantage d'être large, souple et de pouvoir s'adapter (relativité dans le temps et l'espace) aux différences

culturelles, socio-économiques, de systèmes juridiques. Il peut être admis partout et sert à tous. C'est «la bonne à tout faire» de la Convention¹⁸.

b) objectivation du critère?

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

De **nombreuses tentatives** ont été faites pour préciser, compléter et pour «objectiver» la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Notons qu'en l'Angleterre relativement à l'intérêt supérieur de l'enfant édicté dans le «Children Act» de 1984: le juge doit prendre en compte¹⁹

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

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

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

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

c) un intérêt forcément supérieur?

On a dit parfois que l'intérêt supérieur de l'enfant de par son appellation signifiait que les droits de l'enfant devaient forcément l'emporter, car supérieurs, lorsqu'ils entraient en conflit

¹⁸ FULCHIRON H. De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss

¹⁹ Children Act, cité par le Ministère de la Justice du Canada dans son site <http://www.canada.justice.gc.ca> in Child and Custody Access

avec les droits d'autres personnes (parents, Etat...). C'est une conception erronée: les droits de l'enfant ne sont pas supérieurs aux autres droits; **sinon, ils fonderaient l'enfant roi**, ce dont la Communauté internationale ne veut pas; car l'on serait alors dans le cas d'une discrimination positive d'un groupe humain, les enfants, par rapport aux autres groupes humains, les femmes, les handicapés, les soldats, les travailleurs.... A notre avis, la méprise vient de la traduction en français de la locution «best interests» en **intérêt supérieur**, pour éviter de dire «son meilleur intérêt ou ses meilleurs intérêts». Traduttore, traditore? En lisant le texte anglais jusqu'au bout de la phrase, l'on se rend bien compte d'ailleurs que cette notion d'intérêt supérieur n'est pas érigée en règle supérieure absolue qui dominerait toute autre règle puisque le texte dit «shall be a primary consideration» et non the primary consideration (une considération primordiale).

Ajoutons, pour conclure, l'élément suivant: *en cas de doute* dans le difficile exercice de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant lors de conflits avec d'autres intérêts ou des intérêts d'autres personnes ou groupes de personne, soyons assez humbles pour reconnaître que cette notion, non objective, ne peut être réellement fondée par des éléments clairs ou objectifs et qu'elle doit être alors supplantée par la notion contraire du «*moindre mal*». C'est alors cette nouvelle considération «Comment faire le moins de mal possible» qui remplace l'intérêt supérieur de l'enfant et qui devrait emporter la décision. Est-ce plus objectif? Peut-être pas, mais cette application du principe de précaution aurait alors le mérite d'être certainement moins dangereuse.

d) L'intérêt supérieur de l'enfant a-t-il un contenu politique?

Ce qui est très intéressant dans l'art 3 par. 1 CDE c'est le membre de phrase «*ou des organes législatifs*» est différent par rapport au projet de texte de 1981²⁰, puisque l'on a rajouté le terme "organes législatifs". Cette petite adjonction a une importance capitale: cela signifie que, lorsqu'il établit une loi, l'Etat national, régional, cantonal, municipal, doit vérifier que les enfants (the children) sont pris en compte et que leur intérêt supérieur est préservé. C'est donc par ces deux petits mots (*organes législatifs*), que toute la dimension politique ou macro-sociétale, s'introduit dans la Convention. L'intérêt supérieur de l'enfant prend une fonction nouvelle: *servir à établir, dans un programme législatif, ce qui est bon pour l'enfant et ce qui ne l'est pas*. L'intérêt supérieur de l'enfant vient éclairer le politique! N'est-ce pas là aussi une révolution?

IV. La parole de l'enfant

a) Notion

La parole de l'enfant, les vues de l'enfant, l'opinion de l'enfant, les souhaits (wishes en anglais souvent utilisés à la place de views) de l'enfant, toutes ces locutions fondent cet aménagement nouveau du rôle attribué à l'enfant, qui n'est plus passif, mais qui devient participatif.

L'article 12 de la Convention impose aux Etats l'obligation d'entendre les enfants dans toutes les décisions qui le concernent. Ce n'est donc pas un vœu, une recommandation ou une suggestion, c'est une *obligation* que tous les dispositifs juridiques nationaux n'ont pas encore pris en compte, loin s'en faut. C'est assurément, en plus, un *droit subjectif, reconnu à l'enfant, que celui de pouvoir exiger d'être entendu*.

²⁰ Cité par Philip ALSTON, The best interests principle: towards a reconciliation culture and human rights, in Philip ALSTON, The best interest of the Child, Clarendon Press Oxford, 1944, p.10

Si l'on se reporte aux mécanismes de la CDE et à ce qui vient d'être dit, il est clair que l'opinion de l'enfant est un des éléments à prendre en compte pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant. On peut dire que l'audition de l'enfant et l'examen in concreto des solutions envisagées à son égard sont les deux éléments constitutifs de son intérêt. Il y a donc un parallélisme évident entre intérêt et audition de l'enfant.

L'obligation faite à l'Etat repose sur la reconnaissance d'un droit de l'enfant à exprimer son opinion. Ce droit est un droit fondamental que personne ne peut exercer à sa place; c'est donc un droit strictement personnel²¹, c'est-à-dire attaché à la personne même de l'enfant. Il ne fait pas de doute que l'enfant peut revendiquer l'exercice de ce droit et que l'Etat est alors débiteur de l'obligation de mettre en place le mode de recueillir sa voix.

L'envers de ce droit est *la possibilité reconnue à l'enfant de refuser* de l'exercer, à savoir de donner son avis pour une décision qui le concerne, soit de manière explicite en renonçant par exemple à comparaître suite à la convocation du décideur, soit en indiquant clairement qu'il n'entend pas exprimer son opinion s'il se présente ou alors (attitude plus fréquente chez les adolescents...) en restant muet devant le décideur.

b) Champ d'application

Doit-on entendre l'enfant pour toutes les décisions? L'article 12 al. 2 fait état des procédures **judiciaires ou administratives**. C'est un concept très général qui définit, à notre avis, toutes les interventions faites à l'égard des enfants.

Qu'en est-il d'une procédure **législative**? A mon avis, l'alinéa 1 répond à cette question et l'Etat devrait, à mon sens, entendre les enfants (groupe collectif) au moment de mettre en chantier un projet les intéressant. Si l'on fait le parallèle avec l'intérêt supérieur de l'enfant, on note que l'article 3 al.1 parle de l'obligation pour les autorités législatives (legislative bodies) de prendre en compte l'intérêt de l'enfant au moment de légiférer. Une des manières de tenir compte de cet intérêt n'est-il pas précisément de donner la parole aux enfants? Il n'est d'ailleurs guère contesté que les enfants ont leur mot à dire dans les grands projets de société, si l'on examine les efforts des Etats pour les impliquer toujours davantage dans la vie publique (même politique), avec les parlements de jeunes, les diverses consultations faites dans la population juvénile, les fora organisés, les émissions de radio, TV, les journaux consacrés aux enfants etc. On peut prendre l'exemple du Sommet Mondial pour les Enfants organisé à **New York en mai 2002**, où pour la première fois de l'histoire des enfants se sont exprimés directement devant les membres de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Peut-on parler de droits politiques, comme la possibilité de s'exprimer par une votation ou une élection, voire même de se présenter à une élection? Assurément non, avec le bémol lié au droit de vote à 16 ans, mentionné plus haut.

c) Conditions

Premièrement, l'exercice de recueillir la parole de l'enfant est lié à la condition que **la question débattue a une relation d'intérêt avec l'enfant**. On ne peut pas, de notre point de vue, passer outre cette condition de base et imposer une écoute pour des questions qui sortiraient du cercle de son intérêt. Ce dernier doit être compris au sens large et non au sens étroit; il s'agit de l'intérêt ponctuel (hic et nunc) certes, mais aussi de l'intérêt à venir. Par contre, toute décision sans intérêt pour l'enfant échappe à cette obligation faite à l'Etat d'écouter l'enfant.

²¹ Cf. en droit suisse, art 19 Code civil, notion du droit strictement personnel

Deuxièmement, il faut que l'enfant soit **capable de discernement**. Ce qui est demandé ce n'est pas que l'enfant dispose de la connaissance de tous les tenants et les aboutissants de l'affaire qui le concerne, mais qu'il *soit capable de former sa propre opinion à ce sujet*. La première question à se poser est donc de savoir si l'enfant sait de quoi l'on parle et s'il a une idée de la question débattue.

La CDE ne fixe pas de limite d'âge précise à partir duquel un enfant disposerait du discernement. **L'âge limite pour entendre l'enfant**, n'est pas déterminé partout de manière identique: un certain nombre de pays pensent qu'il n'est pas possible d'entendre un enfant de manière valable en dessous de 16 ans²² (c'est en général lié à la valeur que l'on accorde à son témoignage, notamment en droit pénal); certains fixent cette limite à 12 ans^{23, 24}, d'autres encore à 10 ans^{25, 26}, tout en précisant que ces limites restent variables selon le domaine du droit dans lequel on se trouve (droit matrimonial ou droit de la sécurité sociale au Danemark). Bien des Etats n'ont pas encore légiféré en la matière pour des raisons diverses, (l'idée que l'enfant n'a pas son mot à dire, ou que l'enfant peut être entendu à tout âge, sans limite inférieure, ou par volonté de ne pas légiférer s'en remettant à la sagesse de la cour ou des autres autorités^{27...}).

Pour exemple, un récent arrêt du Tribunal fédéral de Suisse²⁸ a établi la possibilité pour le juge helvétique d'entendre un enfant à partir de l'âge de 6 ans en matière de droit du divorce: dans cette affaire portée à la connaissance de la plus haute instance judiciaire de la Confédération, une mère s'opposait à ce que ses deux fillettes, nées en 1996 et en 1997 et âgées respectivement de 6 et 7 ans au moment de la demande au Tribunal, puissent être entendues valablement dans une procédure de divorce sur l'attribution du droit de garde, en raison de leur jeune âge et de l'inconsistance de leur déclaration. Le Tribunal en a décidé autrement, indiquant:

- que le droit d'être entendu constitue un droit personnel de l'enfant (cons.1.1, par. 2),
- que l'audition de l'enfant est une obligation faite à l'instance judiciaire,
- qu'en l'espèce, le droit du divorce dans sa révision entrée en force le 1.1.2000 fait obligation au juge de recueillir la parole de l'enfant (cons. 1.1, par.3),
- que les raisons pour renoncer à cette audition sont limitées au très jeune âge ou aux situations où l'enfant court un risque sérieux pour sa santé physique ou psychique (cons.1.3 et 1.3.1),
- qu'en l'absence de seuil inférieur imposé par la loi et du silence dans le message accompagnant la loi (cons. 1.2), un âge de six ans paraît une limite acceptable (cons. 1.2.3),
- que dans certaines circonstances, on peut même procéder en dessous de six ans, notamment s'il existe une fratrie et que le plus jeune de ses membres est juste en dessous de cette limite (cons. 1.2.3, in fine),
- que le but de l'audition est aussi de permettre à l'enfant de recevoir des informations,

²² par ex. Barbados, Cf. observation finales du Comité des droits de l'enfant su les Barbades du 24.08.1999 CRC/C/3/Add.45, par. 17

²³ par ex. Danemark pour les affaires relatives au divorce ou d'adoption, Cf. Rapport du Danemark au Comité des droits de l'enfant du 20.08.2003 CRC/C/129/Add.3, par. 494 et 495

²⁴ voir aussi Finlande, Cf. Rapport de la Finlande au Comité des droits de l'enfant du 26.11.2003 CRC/C/129/Add.5, par. 118 et 119

²⁵ par ex. Danemark pour les affaires relatives à l'aide sociale (Règlement du Landsting), Cf. Rapport cité ci-dessus, par. 493

²⁶ voir aussi Australie, cf. Rapport de l'Australie au Comité des droits de l'enfant du 30.09.2003, CRC/C/129/Add. 4 par. 126

²⁷ Algérie par ex. AIT-ZAI Nadia, L'Impact de la CDE sur le droit interne algérien, p.17

²⁸ Décision 5C.63/2005, du 1.6.2005

- que l'audition de jeunes enfants n'est pas forcément un élément de preuve déterminant, mais qu'elle permet à l'autorité de décision de se faire une image personnelle de la situation et de trouver des solutions pour la décision à rendre (cons. 1.2.2, ar. 2),
- que cette décision de jurisprudence a valeur de ligne directrice (cons. 1.2.3).

Ce Tribunal émet une considération de fond très intéressante: à l'argument de la mère qui s'opposait à l'audition de l'enfant en raison du conflit de loyauté très probable qu'allaient vivre ses fillettes, il a conclu au rejet, en invoquant que le conflit de loyauté était de toute manière inhérent à toute séparation familiale que ce soit de manière latente ou déclarée et qu'il n'y avait aucun moyen de l'éviter. Dès lors, cet argument ne pouvait être évoqué simplement de manière générale; si on devait appliquer l'argument du risque de conflit de loyauté, il ne serait tout simplement plus possible d'entendre un seul enfant.

De toute évidence, cet arrêt fera date dans les annales, car il interroge les pratiques actuelles et qu'il fixe un âge très précoce; certains pensent même qu'un enfant de moins de six ans peut s'exprimer et que le langage non verbal peut très bien être pris en compte. Ainsi Gerison Lansdown indique²⁹ la possibilité d'entendre de très jeunes enfants, décrivant trois situations: dès la naissance, depuis 18 mois et dès 4 ans³⁰. D'autres s'élèvent vertement contre cette limite bien trop basse (6 ans), indiquant que si le conflit de loyauté est inhérent à toute séparation des parents, l'influençabilité de l'enfant (ou la suggestibilité³¹ pour reprendre une autre terminologie) est trop grande pour pouvoir obtenir une opinion réellement indépendante de l'enfant. Les techniques d'entretien semblent avoir beaucoup évolué et permettre l'entretien non suggestif (nommée aussi entretiens par étapes successives), qui comporte six phases et dont le but est de recueillir l'opinion de l'enfant, voire son témoignage de manière non contaminée^{32, 33}.

Il faut donc relativiser cette limite posée par la décision de juin 2005, pour bien indiquer que c'est à l'autorité de décider, in concreto et au cas par cas si l'enfant en bas âge peut être entendu de manière utile et opportune. La limite de six ans n'est donc pas impérative dans toutes les procédures.

Troisièmement, il faut que l'enfant puisse s'exprimer librement.

L'expression «librement» signifie évidemment que l'enfant doit exprimer sa propre opinion et non une opinion d'un autre, qu'il ferait sous pression, sous influence ou de manière telle que son avis aurait été complètement détourné de l'avis original. Librement traite aussi de la question du **comment recueillir l'opinion de l'enfant?** Les Etats ne semblent pas avoir prévu des dispositifs législatifs très élaborés pour recueillir la parole de l'enfant. La CDE ne donne pas de détails ou de directives pour aménager les procédures administratives ou judiciaires. Il est évident que les Etats doivent offrir un cadre qui prenne en compte la situation individuelle de chaque enfant et qui propose un certain climat de bienveillance et permette à l'enfant de se sentir en sécurité. Cela n'est pas toujours évident dû au fait que le décideur qui entend l'enfant (ou l'intermédiaire) est un adulte et qu'il y a forcément une relation hiérarchisée (du haut vers le bas), qui peut être préjudiciable à ce climat de

²⁹ Lansdown G., Can you hear me? The right of young children to participate in decisions affecting them, Early Childhood Development, Working Papers no 36, Bernard Van Leer Foundation, The Hague, 2005

³⁰ Op. cité, p 1 et 2

³¹ Binet A., La suggestibilité, Paris, Schleicher Frères, 1900

³² Cité par Zimmermann G., dans son article «Le témoignage d'enfants dans le contexte juridique: la question de la suggestibilité», RVJ, 36^e année, no2, Sion, 2002

³³ Voir aussi sur cette question, l'Interview semi-structuré par étapes successives in Haesevoets Y-H., L'enfant en questions, De Boeck Université, Collection Oxalis, Bruxelles, 2004, p.83-115

confiance. Les juges essaient pour la plupart du temps d'atténuer cet effet négatif, en entendant les enfants dans leur cabinet, en une audience privée, sans procès-verbal formel, mais avec seulement une prise de notes, rarement dans la salle d'audience, mais sans la présence des parties. Il n'est pas certain que dans les procédures administratives, où les règles sont moins codifiées, parfois inexistantes, les mêmes précautions de mise en confiance soient prises.

La question de l'audition de l'enfant en séance contradictoire pose la question de l'expression libre. En effet, procéder en présence des parties et permettre à celles-ci d'intervenir, c'est exposer l'enfant à être pris comme cible des parties, du Procureur ou des avocats, donc de subir des pressions qu'il ne peut supporter avec la conséquence d'altérer la valeur de ses dires. Pourtant, dans bien des pays, l'audition de l'enfant se fait encore de manière contradictoire, en justifiant cette pratique par le droit des parties de se défendre, notamment le droit de poser des questions. Ici, l'intérêt de l'enfant devrait imposer une limitation de la participation de l'enfant aux procédures et un recours systématique à des moyens techniques qui évitent la confrontation de l'enfant avec les autres parties, donc qui évitent la victimisation secondaire ou la trop grande influence de la parole des adultes sur le discours de l'enfant.

La Cour européenne des droits de l'Homme a estimé qu'il serait excessif d'imposer systématiquement une audition de l'enfant en audience, laissant l'opportunité de la décision au juge; mais elle conclut néanmoins que tout enfant impliqué dans une procédure engagée par l'un de ses parents doit être entendu dans un cadre adapté³⁴.

La méthode choisie doit également être liée à l'âge de l'enfant et à la nature de l'affaire.

Lorsque l'audition est confiée à un spécialiste, elle se fera, en général hors du tribunal, dans le cabinet de la personne ou dans un service spécialisé. Des aménagements particuliers seront offerts aux enfants, pour qu'ils se sentent à l'aise et dans un milieu de type plutôt familial. Toutes sortes de techniques peuvent être utilisées, notamment les enregistrements audio ou vidéo ou la possibilité pour le juge d'assister aux séances derrière une vitre sans tain. Certains tribunaux disposent de services sociaux ou psychologues directement rattachés aux tribunaux qui permettent de confier ces opérations, dans un temps très bref, à des spécialistes.

Se pose aussi une question importante liée au comment, c'est celle du **nombre de fois** où l'enfant peut être interrogé. On sait, en effet, que l'audition de l'enfant est un exercice très difficile, qui n'est neutre ni pour celui qui le conduit, ni surtout pour celui qui le subit. Les risques de victimisation secondaire des enfants victimes (notamment en matière d'auditions pour abus sexuels) ont été largement mis en évidence. La CDE ne répond pas non plus à cette question et laisse le soin aux dispositions nationales de régler cette question. Par exemple, en Suisse, la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)³⁵ a introduit en 2001 un article nouveau (article 10c) destiné à protéger la personnalité des enfants victimes dans la procédure pénale, en imposant la règle que l'enfant ne doit, en principe, **pas être soumis à plus de deux auditions** sur l'ensemble de la procédure. L'alinéa 3 de cet article précise, de plus, qu'une seconde audition n'est organisée que si, lors de la première audition, les parties n'ont pas pu exercer leurs droits, ou si cela est indispensable au bon déroulement de l'enquête ou à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Le message à l'appui de cette innovation justifie la nouvelle disposition ainsi: un interrogatoire sur les circonstances de l'acte peut entraîner chez l'enfant victime un effet traumatisant et que cette

³⁴ ACEDH S c. /Allemagne, 08.08.2003

³⁵ Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 04.10.1991 (LAVI), RS 312.5

seconde atteinte psychique, «appelée victimisation secondaire» est à peine moindre que celle subie au moment de l'infraction³⁶.

d) Qui pour recueillir la parole de l'enfant?

De nombreuses questions se sont posées et continuent à être posées depuis que l'article 12 CDE existe et que les Etats ont commencé à prendre conscience de la nécessité de mettre en place des dispositifs pour entendre les enfants qui doit entendre les enfants?

Sur cette question, l'article 12, alinéa 2 est plus disert que pour les questions précédentes, en évoquant plusieurs possibilités:

- l'audition *directement* par l'autorité judiciaire ou administrative (cela veut dire par le juge ou par le directeur d'école par exemple) ou
- par l'*intermédiaire* d'un représentant ou d'un organisme approprié.

Dans ce second cas de figure, il appartient donc à l'autorité de désigner la personne qu'elle mandate pour effectuer cette audition. Cela signifie qu'elle va confier la plupart du temps, *le soin à un spécialiste (psychologue, psychiatre, pédagogue, personne de confiance...) de recueillir la parole de l'enfant*. Cela va dépendre bien évidemment de l'importance et de la difficulté de l'affaire, de l'âge de l'enfant, de problèmes particuliers que pourrait connaître l'enfant, des enjeux en cause, des possibilités matérielles (éloignement), voire de la formation / préparation / sensibilité du juge ou du représentant de l'autorité qui doit prendre la décision.

L'audition directe de l'enfant devrait être privilégiée par l'autorité amenée à trancher chaque fois que cela est possible; l'opinion que peut se faire cette autorité est différente s'il y a eu contact direct ou s'il n'y a eu que relations par intermédiaire, voire via des rapports documentaires, aussi savants et complets soient-ils.

La grande difficulté ici est **la formation** des magistrats ou des personnes appelées à décider; dans la plupart des pays, les magistrats ne sont pas préparés à cette tâche, voire la redoutent. Ils ont peur d'être confrontés directement à l'enfant, de ne pas savoir lui parler, de trop l'impressionner.... On ne s'improvise pas facilement «auditeur» en cette matière et cette opération nécessite beaucoup de sensibilité, d'empathie et de doigté, (de feeling, si vous me passez cet anglicisme).

Procéder par étapes

Pour que le processus d'implication de l'enfant dans les décisions qui le concernent se déroule de manière constructive on propose 4 phases

- **la première phase est l'information de l'enfant: pourquoi on l'entend,**
- **la 2eme est le recueil de son avis, dans les conditions décrites ci-dessus,**
- **la 3eme est celle de la décision qui est du ressort exclusif des adultes,**
- **la 4eme est la mise en application de la décision, avec une information à donner à l'enfant sur ce qui a été fait de sa parole (phase que l'on escamote souvent).**

L'impact de la participation de l'enfant à tout ce processus ne peut être que bénéfique, *puisque cela va le rendre acteur de la décision, mais aussi va renforcer sa capacité à communiquer avec les adultes, à comprendre les systèmes de la vie sociale, va promouvoir*

³⁶ FF 2000, p. 3510 set par.3525

les compétences à ne pas se laisser faire, puisqu'on l'amène à dire, va renforcer sa résistance, donc est un élément d'une meilleure protection, le prépare à l'exercice de ses droits, pour ne pas dire va l'amener à un plus haut degré de résilience. La participation est sans conteste un passage obligé dans la jouissance par l'enfant de ses droits d'enfant.

e) Quelle valeur donner à la parole de l'enfant?

Il est évidemment difficile de répondre de manière absolue et abstraite à une telle question. *Chaque enfant est un cas particulier et la valeur de son opinion va dépendre de son âge, mais aussi de sa maturité, de son développement, de ce qu'il comprend de la situation, des influences qu'il va obligatoirement subir, de son indépendance/dépendance par rapport aux personnes qui l'entourent ou qui sont impliquées dans la décision à venir, de sa capacité d'exprimer des idées abstraites ou des jugements de valeur, de la confiance placée dans l'adulte qui reçoit sa parole etc...* Il est évident que dans tout conflit de nature familiale, dans tout procès pénal où son témoignage est essentiel, voire où sa parole peut l'accuser, dans toute procédure administrative où il est l'enjeu de décision (renvoi de l'école par exemple ou autres procédures disciplinaires, décision relative à l'asile...), l'environnement n'est pas neutre et des conflits d'intérêt existent par la nature même de la cause à trancher.

Ce qui apparaît comme l'élément central de la décision sur quoi s'appuyer est **la maturité de l'enfant**, *c'est-à-dire sa capacité de s'exprimer de manière raisonnable, sincère et objective sur des situations difficiles et délicates.* L'âge n'est donc qu'un élément à prendre en compte. Des enfants sont mûrs très tôt et donc capables d'exprimer une opinion valable très jeunes; d'autres sont plus lents et ont de la peine à s'exprimer, même de manière non verbale. Il y a donc, à côté de l'âge, d'autres éléments à prendre en compte, notamment la compréhension du problème posé et la capacité de se forger une propre opinion³⁷.

Il est donc très difficile de se prononcer de manière claire et objective sur une opinion de l'enfant, d'autant plus si l'on n'a pas eu l'enfant en face de soi. La justice a, de plus, recours, à *des expertises sur le développement de l'enfant pour déterminer la capacité de discernement ou alors à ce que l'on appelle des examens de crédibilité*³⁸, c'est-à-dire à une demande faite à un expert de se prononcer sur la valeur des dires de l'enfant, faits dans des circonstances données, et d'indiquer à l'autorité si ces dires peuvent être dignes de confiance ou non. Ce n'est donc pas une expertise sur l'enfant, mais uniquement sur les conditions du recueil de sa parole et sur la vraisemblance de ses propos.

Il est clair qu'en matière de procédure de divorce, d'accusations d'abus ou de maltraitance, l'on se trouve presque toujours dans une situation très traumatisante pour l'enfant, puisque celui-ci, par définition se trouve sous très forte influence, pour ne pas dire sous d'énormes pressions³⁹.

f) La portée de la parole de l'enfant

Si le juge ou l'autorité amenée à prendre une décision doit entendre l'enfant, de manière quasi systématique, sauf les vraiment trop jeunes, **l'article 12 n'indique pas quelle est la portée de cette opinion**, sauf à dire, pour paraphraser la CDE, qu'il faut prendre en compte cette parole. C'est bien vague.

³⁷ Voir à ce sujet Smith A-B., *Interpreting and supporting participation rights*, in *The International Journal of Children's Rights*, vol. 10, 2002, p. 73-88

³⁸ Haesevoets Y-H., *op. cit.* p.38

³⁹ GOUTTERNOIRE A. *La parole de l'Enfant enlevé* in «Les enlèvements d'enfant à travers les frontières», Brulant 2004

Les Etats ne sont pas plus bavards et nul ne s'aventure à décider du poids de la parole de l'enfant dans les procédures. La portée va, bien sûr, varier en fonction des éléments rapportés plus haut: âge et degré de maturité de l'enfant, nature de la cause... Mais en fait, le juge n'est pas lié par cette parole, il peut lui accorder ou non de l'importance, en relation avec l'ensemble des éléments de la cause qu'il est en train d'instruire. La parole de l'enfant est donc **un des éléments** de l'affaire, mais pas **L'élément** de preuve déterminant. Il en va de même en matière d'application de l'article 3 al.1 CDE: l'intérêt de l'enfant est un des intérêts en cause, mais pas le seul et il doit être mis en balance avec les autres intérêts.

Il ne faut pas perdre de vue que le processus de participation comporte comme premier point le droit de l'enfant **d'être informé** de sa situation. Le fait de l'entendre, soit en direct, soit par intermédiaire, est le moment opportun d'informer l'enfant de sa situation réelle, des enjeux, des demandes des parents, des possibilités concrètes et de ses droits d'enfant. A mon sens, *ce droit d'être informé est essentiel lors de l'audition de l'enfant et il doit en être partie intégrante*. On pourrait aussi dire que une fois l'enfant informé, on pourrait renoncer à une audition plus poussée si cela n'est pas utile (accord déjà en vue), ou opportun...

Par contre, ce qu'il faut absolument **éviter c'est de responsabiliser l'enfant**, en lui demandant de parler. En effet, il existe bon nombre de situations, surtout dans le droit de la famille (divorce, enlèvement d'enfant, exercice du droit de visite...), où *l'adulte a la tentation de se reposer sur le choix de l'enfant. Cette question du choix ne doit jamais être posée comme telle et la décision (le fait de choisir) doit rester de compétence et de la responsabilité de l'adulte appelé à trancher* (juge, directeur d'école, chef d'un service de protection...). Donc, dans la phase du questionnement, il faut suivre une approche rigoureuse et spécialisée; on doit le faire avec assez d'empathie pour que l'enfant exprime son avis sur la situation mais non le pousser à dire ce que l'on veut entendre ou à prendre des positions dont il serait le prisonnier. L'enfant, dont on souhaite la participation, ne doit pas devenir une nouvelle victime d'un système qui lui demanderait de trancher à sa place. *La décision doit toujours rester dans les mains des adultes* (parties, juges, médiateurs, services de protection, ou autres intermédiaires).

g) L'enfant dit-il toujours la vérité?

On entre ici dans un vaste débat où psychologues, psychiatres et juristes ont chacun leur point de vue, voire leur chapelle et leurs inconditionnels...

L'affirmation selon laquelle «l'enfant dit toujours la vérité» est aussi fausse que celle qui proclamerait «l'enfant ment toujours».

h) Le rôle de l'adulte

Il est donc évident que *la responsabilité des adultes est engagée chaque fois qu'un enfant est amené à donner son avis, à témoigner, à s'exprimer sur une décision qui le concerne*. A mon sens, le rôle de l'adulte dans la vérité/mensonge de l'enfant est déterminant: l'adulte comme partie à la procédure (judiciaire ou administrative) qui donne lieu à l'audition de l'enfant. Il faut voir trois niveaux

- *le parent, les parents*: c'est dans le domaine des procédures où sont impliqués les parents (séparation, divorce, droit de visite, enlèvement, inceste, maltraitance) que se jouent, la plupart du temps les questions de pression ou de conflits de loyauté,
- *le décideur* (juge, directeur ou auditeur), qui a la rude mission de créer un climat de confiance pour recueillir la parole de l'enfant et qui devrait agir selon un protocole

clair, par étapes successives⁴⁰ et en cherchant la vérité, et non ce qu'il souhaite entendre; « *le problème est d'écouter l'enfant en le précédant juste assez, tout en se gardant de mettre ses mots d'adulte et ses fantasmes en surimpression* »⁴¹,

- *la partie tierce* qui peut être touchée par l'audition (abus, maltraitance, accusations diverses)... et qui cherche à utiliser les droits de la défense pour impressionner l'enfant et le faire changer de témoignage, se rétracter en utilisant des moyens légaux ou psychologiques pour le faire douter, ou pire le «victimiser» une seconde fois.

A mon sens, l'adulte a une autre responsabilité très importante: que *va-t-il faire de la parole de l'enfant*, non seulement pour prendre la décision, mais après que l'enfant a fait sa déposition: *quelle aide lui donner*, selon les effets de sa parole sur lui-même ou sur les autres parties impliquées. L'acte de déposer en procédure ne sera en général pas neutre et peut avoir des conséquences lourdes pour son avenir. Il ne suffit donc pas d'entendre la parole de l'enfant, de lui donner le poids que l'on considère approprié, il faut encore se préoccuper des effets de cette audition. La CDE ne parle pas de cet aspect de la parole de l'enfant. Pour moi, il est la suite logique de l'intervention du décideur et il devrait appartenir aux formations prodiguées aux professionnels d'avoir le souci d'apporter aide, soutien et conseils à ces enfants.

Ensuite de quoi, dès lors que la décision est intervenue, *l'enfant devrait être informé de la nature de la décision qui a été prise et du rôle que sa parole a joué dans le processus effectué, notamment si l'on a pris en compte ses arguments ou non et pourquoi*. Si l'on veut qu'un enfant adhère à une décision, il faut la lui expliquer. Je dois constater que cette pratique est très peu répandue et que la plupart du temps, les jugements, ordonnances ou autres arrêtés administratifs sont signifiés aux adultes, mais rarement aux enfants, sauf s'ils sont partie à la procédure. Ce qui n'est pratiquement jamais le cas lorsque le groupe collectif enfant est impliqué.

V. CONCLUSION

Depuis 18 ans, la Convention des droits de l'enfant devrait être connue et appliquée. Pour le respect de l'enfant comme personne. Le constat, est hélas, assez mitigé, tant du point de vue de la connaissance des droits de l'enfant que du point de vue de son application: les cas de violations viennent plus facilement à l'esprit que les cas de bonnes pratiques...

L'intérêt supérieur de l'enfant et l'écoute de sa parole sont des passages obligés pour tous ceux qui ont à décider de l'avenir de l'enfant, dans les procédures. Mais aussi, à notre avis dans la vie privée (en famille) et probablement dans la vie publique (surtout à l'école), pour ne pas dire politique. Considérer l'enfant comme une personne à part entière, qui doit être éduquée, soignée, aimée et protégée, mais qui doit aussi être traitée comme digne d'être un partenaire qui a quelque chose à dire et qui peut nous intéresser.

C'est notre responsabilité d'adulte.

Mais c'est probablement encore un long chemin à parcourir, car les droits de l'enfant, dans la forme participative ne sont pas encore entrés réellement dans nos mœurs.

⁴⁰ cf. L'entretien non suggestif par étapes, cité par Zimmermann G., article cité plus haut, p.34

⁴¹ Thouvenin Ch., La parole de l'enfant, de l'intime au social in Les Enfants victimes d'abus sexuels, (Gabel M. éditeur), PUF, Paris, 4ed, 2002, p. 122