

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT
ENTRE INDÉTERMINATION NORMATIVE, SÉMANTIQUE ET CONCEPTUELLE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL (LLM)

PAR
CLARA MERCIER - GAVALET

DÉCEMBRE 2022

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

À Pierre et à sa fille, Rose.

REMERCIEMENTS

Qu'un seul nom figure en page de couverture témoigne, peut-être, de l'énergie, du temps, de l'engagement et de la détermination qu'exige – ou impose – quelque projet de recherche. Qu'un seul nom figure en page de couverture élude, certainement, l'importance – pourtant fondamentale – de celles et ceux qui participent, accompagnent, favorisent autant que permettent de s'engager dans un tel projet et, plus encore, de le mener à son terme. En ce mois d'août 2022, tandis que s'achève la rédaction de ce mémoire, je ne peux que douter que les quelques lignes allouées à ces *remerciements* puissent suffire à reconnaître l'ampleur du soutien et de la confiance dont j'ai le privilège de bénéficier dans la poursuite de ce projet. De l'importance d'essayer de témoigner l'immense reconnaissance que j'éprouve envers ces allié.e.s, cependant, je ne doute aucunement.

Merci infiniment, à mon directeur de recherche, le Pr Olivier Barsalou pour sa confiance – constante –, son soutien indéfectible ainsi que sa patience tout au long de ce parcours à la maîtrise et de la réalisation de ce mémoire de recherche. Celui-ci doit beaucoup à l'attention qu'y ont prêté les professeur.e.s Anne-Marie D'Aoust et Alejandro Lorite que je remercie également.

Merci à mes ami.e.s et allié.e.s, pour leur soutien, leur patience, la permanence de leurs encouragements et leur amitié. Et, tout particulièrement à Mélisande, Léa, Sidonie, Sabrina et Olivia. Un immense merci à Rémi Furhmann qui en plus de son amitié et de son soutien a accordé à mon mémoire le temps de nombreuses et attentives relectures.

Merci à mes parents, Christine et Frédéric, pour leur affection, leur amour, leur soutien et leur fierté inconditionnels. De nous avoir, aussi, à mon frère et moi, offert le privilège immense de n'avoir comme contrainte à notre éducation que l'envie de la poursuivre. Merci à mon frère, Étienne, pour son affection sans faille et, jusqu'aux derniers instants de la rédaction, son sens de l'humour et de la dédramatisation.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	iii
RÉSUMÉ	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCTION	1
Problématique.....	5
Intentions de recherche.....	9
Cadre d'analyse	12
Paramètres de la recherche	15
CHAPITRE 1 DU SECOURS À L'ENFANCE AUX DROITS DE L'ENFANT : BRÈVE HISTOIRE DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE	20
Introduction	20
Section 1 Du secours à l'enfance comme impératif moral : la Déclaration de Genève (1924).....	22
1.1. Entre réforme et secours : cartographie de la protection de l'enfance dans l'entre-deux guerres	22
1.1.1. L'approche « protectionnelle » des réseaux d'avant-guerre	23
1.1.2. Les réseaux issus de la Première guerre mondiale : l'approche « humanitaire » et le secours à l'enfance	25
1.2. La Déclaration de Genève	27
1.2.1. De la stratégie de la neutralité à la Déclaration de Genève	27
1.2.2. Du secours à l'enfance comme impératif moral à la considération du « bien-être » : la création du Comité consultatif de protection de l'enfance (CPE) de la SDN en marge de la Déclaration de Genève30	
Section 2 De l'exigence d'une protection spécifique : la Déclaration des droits de l'enfant (1959)	33
2.1. L'ONU et les droits de l'enfant.....	33
2.1.1. La protection de l'enfance par le prisme du travail des enfants.....	34
2.1.2. Réhabilitation, reconstruction, rapatriement : l'émergence du concept d'intérêt de l'enfant en marge des activités de l'UNRRA	37
2.2. La Déclaration de 1959	41
2.2.1. Une charte des Nations Unies adaptée aux enfants.....	41
2.2.2. Le droit à l'identité et l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de la reconnaissance à l'enfant d'une titularité de droits	44
Section 3	De la protection de l'enfant et de ses droits : la Convention relative aux droits de l'enfant (1989)
3.1. Du droit à l'éducation au droit à l'identité	47
3.1.1. La protection de l'enfant en marge du droit international des droits humains : l'apport des pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et aux droits civils et politiques (PIDCP)	48

3.1.2. Les pédagogies nouvelles ou la reconnaissance de l'enfant comme acteur de son droit à l'éducation	51
3.2. La Convention	53
3.2.1. L'enfant sujet de droits et de ses droits	54
3.2.2. L'intérêt supérieur de l'enfant comme droit et principe général de la Convention	56
Conclusion	57
CHAPITRE 2 DE L'INDÉTERMINATION DU PRINCIPE DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT	59
Introduction	59
Section 1 L'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention	61
1.1. L'Année internationale de l'enfant (1979)	61
1.1.1. L'émergence d'un projet de traité dédié aux droits de l'enfant	62
1.1.2. L'ambition d'une protection globale de l'enfant et de ses droits	64
1.2. Distinguer l'enfance	66
1.2.1. Les droits de l'enfant à l'épreuve de l'ambivalence du « sujet » enfant	67
1.2.2. Envisager l'enfance par le prisme de son impermanence : l'âge comme critère fondamental des droits de l'enfant	68
Section 2 L'indétermination de l'article 3(1)	71
2.1. De « la » à « une » considération primordiale : l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe controversé	71
2.1.1. L'intérêt supérieur de l'enfant comme « la » considération déterminante ou l'héritage de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959	72
2.1.2. La Convention de 1989 ou le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale de toute décision le concernant	74
2.2. L'intérêt supérieur de l'enfant comme principe indéterminé	77
2.2.1. Entre glissement sémantique et indétermination conceptuelle : les difficultés interprétatives posées par l'article 3(1)	78
2.2.2. Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit « une » considération primordiale de toute décision le concernant à l'épreuve de la souveraineté étatique	80
Section 3 La mise en œuvre de l'article 3(1)	83
3.1. Interpréter l'intérêt supérieur de l'enfant : l'apport des travaux du Comité des droits de l'enfant	84
3.1.1. L'intérêt supérieur de l'enfant comme concept « triple »	84
3.1.2. Les obligations de mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant ou les paramètres de l'indétermination du principe	86
3.2. Le droit de participation dans l'intérêt supérieur de l'enfant	89
3.2.1. L'article 12 comme « méthode » de la protection et de la mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant	90
3.2.2. Le droit de l'enfant d'être entendu à l'épreuve de ses capacités de discernement et degré de maturité	92
Conclusion	94
CHAPITRE 3 L'ENFANT SUJET DE DROITS ET DE SES DROITS	96

Introduction	96
Section 1 L'enfant, sujet de la Convention.....	98
1.1. « Tout être humain » : l'article 1 et la délicate question du « début » de l'enfance	99
1.1.1. Le « début » de l'enfance aux termes de la Convention : l'équivoque ou l'exigence de compromis	100
1.1.2. Le « début » de l'enfance : trois approches en débat	102
1.2. « Sauf si »... ou la malléabilité de la « fin » de l'enfance	104
1.2.1. La « fin » de l'enfance à dix-huit ans : l'article 1 de la Convention ou la formalisation d'un standard commun	105
1.2.2. Des obligations de protection fondées sur l'âge pour pallier la malléabilité de la « fin » de l'enfance	107
Section 2 L'enfant sujet de droits et de ses droits	108
2.1. De l'exigence de <i>protection spéciale</i> à la reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux....	109
2.1.1. La « condition d'enfant » au cœur de la Convention.....	109
2.1.2. La reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux dans une traité dédié aux droits de l'enfant.....	113
2.2. Les « capacités évolutives de l'enfant » ou la reconnaissance de l'agentivité de l'enfant	116
2.2.1. Les « capacités évolutives de l'enfant » comme principe fondamental de la Convention : l'apport de la jurisprudence du Comité	117
2.2.2. La due considération des « capacités évolutives de l'enfant » dans son intérêt supérieur	119
Section 3 Les droits reconnus aux enfants.....	122
3.1. Les droits de l'enfant à l'épreuve des prérogatives souveraines en matière d'immigration et de citoyenneté.....	123
3.1.1. Citoyenneté, immigration et l'élaboration des principes généraux de la Convention : l'article 2 et la non-discrimination.....	123
3.1.2. Le droit de l'enfant à un nom et à une nationalité (art 7).....	128
3.2. De l'interaction entre protection du rôle fondamental de la famille et souveraineté étatique	132
3.2.1. Les droits de l'enfant de ne pas être séparé de sa famille (art 9) et à la réunification familiale (art 10)	132
3.2.2. Le statut de l'enfant au regard de l'immigration et de la citoyenneté.....	135
Conclusion.....	137
CONCLUSION	139
ANNEXE A LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT (1989)	145
ANNEXE B LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'ENFANT (1959).....	159
ANNEXE C LA DÉCLARATION DE GENÈVE (1924)	161
BIBLIOGRAPHIE	162

RÉSUMÉ

La présente étude propose une exploration du principe de *l'intérêt supérieur de l'enfant* et de sa traduction juridique en une norme indéterminée dont dispose l'article 3(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* adoptée en 1989 sous l'égide des Nations Unies. Distingué comme *principe général*, *valeur fondamentale* de la Convention, l'article 3(1) dispose de l'intérêt supérieur de l'enfant comme d'un droit sans qu'en soit toutefois déterminée la *teneur*. Du constat de ces contradictions inhérentes au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant autant qu'à sa traduction normative, cette étude engage l'hypothèse qu'elles cristallisent l'ambivalence non seulement de ce *droit* qui y est associé mais également du *sujet*, de *l'enfant* qu'il concerne. De l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention, et ainsi du principe de *l'intérêt supérieur de l'enfant*, il s'agit d'interroger la teneur et les ancrages historiques. Et cela pour comprendre ce *sur* – ou *envers* – quoi elle s'opère, suivant quelle(s) modalité(s), avec quelle(s) implication(s). À cet égard, seront mobilisées, les règles d'interprétation dont dispose la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (CVDT). Dans un premier chapitre, proposant *une* histoire de la protection de l'enfance au 20^{ème} siècle, l'émergence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est envisagée suivant trois trajectoires – sémantique, conceptuelle et normative – aussi parallèles que fragmentées. Dans un deuxième chapitre, cette étude s'attache à interroger l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention dans son contexte normatif immédiat. Et cela, au concours des travaux préparatoires de la Convention, de l'examen de son libellé ainsi que de l'interprétation qu'en propose le Comité des droits de l'enfant. Dans un troisième chapitre, cette étude interroge l'indétermination de l'article 3(1) par le prisme de ce qu'elle « raconte » du *sujet*, de cet *enfant* que concerne la Convention. De cette démarche exploratoire, menée en trois étapes, se distingue une compréhension de l'intérêt supérieur de l'enfant, de ce *principe* dont l'article 3(1) dispose comme d'un *droit* et formalise, ainsi, non seulement l'ambivalence mais aussi la reconnaissance de cet enfant – indépendante de son âge ou de quelque statut – comme *sujet* de droits et de *ses* droits.

Mots clés : intérêt supérieur de l'enfant, Convention relative aux droits de l'enfant, indétermination, théories de l'interprétation du droit international, Comité des droits de l'enfant.

ABSTRACT

This LLM thesis sets out to explore the principle of the best interests of the child and its legal formalization in article 3(1) of the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC). Deemed a general principle of the Convention, article 3(1) declares that the best interests of the child is a right without, however, determining its precise content. Acknowledging these inherent contradictions in both the principle of the best interests of the child and its normative translation in international law, the thesis argues that this situation not only crystallizes the ambivalence of the right but also that of the child as a legal subject. More specifically, through an analysis of the socio-historical origins of the right, the thesis interrogates both its normative and conceptual indeterminacy. The first chapter looks at the 20th century international history of child protection and follows three trajectories – linguistic, conceptual, and normative – to help us make sense of the emergence and transformation of the right throughout the 20th century. Through an extensive analysis of the UNCRC's *travaux préparatoires* and the UNCRC Committee's work, the second chapter examined how UNCRC article 3(1) came to acquire its indeterminate nature. Finally, the last chapter probes into the image of the child both as a legal subject and a right bearer at the heart of the Convention. From this three-stage exploration emerges a complex rendition of the best interests of the child in international law: despite its legally ambivalent and indeterminate nature, UNCRC article 3(1) also recognizes, irrespective of either age or status, that child is both a *subject* of rights and a subject of *its own* rights.

Keywords: best interests of the child, United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC), indeterminacy, treaty interpretation, Committee on the Rights of the Child.

INTRODUCTION

3 septembre 2015. En unes des journaux du monde entier, une photo. Celle d'Aylan, trois ans, de son corps sans vie échoué sur une plage de Turquie. Celle d'un enfant, kurde, que fuir la Syrie et la guerre avait tué. Celle d'un enfant, qu'essayer de rejoindre l'Europe par la Méditerranée, que chercher refuge, avait tué¹. En quelques heures, ce très jeune enfant, victime de la guerre, devint le symbole funeste de l'urgence humanitaire associée au conflit syrien. En quelques heures, ce très jeune enfant, victime d'avoir cherché refuge, devint aussi le symbole de ce que l'on qualifiait alors – et qualifie encore – de crise migratoire européenne.

Qu'il s'agisse d'un *enfant* suscita l'empathie, l'émotion, partagée jusque par les responsables politiques européens dans les jours qui suivirent la publication de cette photo. Qu'il ait cherché *refuge* auprès de l'Union Européenne, engagea rapidement à interroger les politiques de celle-ci en matière de gouvernance des migrations internationales autant qu'à les défendre, les justifier. Selon que l'on s'attarde à sa condition d'enfant, à son statut migratoire ou aux circonstances ayant justifié qu'il cherche refuge, cet enfant devint

¹ Anne Barnard & Karam Shoumali, « Image of Drowned Syrian, Aylan Kurdi, 3, Brings Migrant Crisis Into Focus », *The New York Times* (3 septembre 2015), en ligne: <<https://www.nytimes.com/2015/09/04/world/europe/syria-boy-drowning.html>>; Charles Homans, « The Boy on the Beach », *The New York Times* (3 septembre 2015), en ligne: <<https://www.nytimes.com/2015/09/03/magazine/the-boy-on-the-beach.html>>; Helena Smith, « Shocking images of drowned Syrian boy show tragic plight of refugees », *The Guardian* (2 septembre 2015), en ligne: <<https://www.theguardian.com/world/2015/sep/02/shocking-image-of-drowned-syrian-boy-shows-tragic-plight-of-refugees>>; Manon Cornellier, « Le petit garçon au chandail rouge », *Le Devoir* (4 septembre 2015), en ligne: <<https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/449344/le-petit-garcon-au-chandail-rouge>>; Jérôme Fenoglio, « Réfugiés: une photo pour ouvrir les yeux », *Le Monde* (3 septembre 2015), en ligne: <https://www.lemonde.fr/europe/article/2015/09/04/refugies-une-photo-pour-ouvrir-les-yeux_4744650_3214.html>; Mussa Hattar, « Émotion, consternation et colère », *Le Devoir* (4 septembre 2015), en ligne: <<https://www.ledevoir.com/monde/moyen-orient/449300/refugies-syriens-emotion-consternation-et-colere>>; « La photo d'un enfant mort noyé devient le symbole du drame des migrants », *Libération* (1 septembre 2015), en ligne: <https://www.liberation.fr/planete/2015/09/01/flux-migratoires-la-hongrie-bloque-les-migrants-l-europe-divisee_1374061/>; « Aylan et sa famille, morts d'avoir voulu fuir la guerre », *Le Nouvel Observateur* (3 septembre 2015), en ligne: <<https://www.nouvelobs.com/monde/20150903.OBS5186/aylan-et-sa-famille-morts-d-avoir-voulu-fuir-la-guerre.html>>.

tour à tour le symbole d'une crise humanitaire, des conséquences fatales de la gouvernance sécuritaire des migrations internationales² par l'Union Européenne³ autant que du risque associé à cette crise migratoire.

Crise, afflux, vague, risque. Frontières, contrôle, sécurité. L'appréhension contemporaine des migrations internationales – qu'elles s'apparentent, ou non, au refuge, à l'asile – déploie un champ sémantique, une rhétorique du « risque sécuritaire »⁴ autant qu'elle en procède⁵. Aux migrations est immédiatement associée l'idée d'un danger, d'un péril, d'une menace à la sécurité d'un pays – occidental, généralement –, d'une nation, d'une population, peut-être ; d'un État et de sa souveraineté, assurément. À ces migrations qui impliquent un engagement envers une altérité – individuelle, sociale, culturelle, économique –, qui engagent une responsabilité ou de considérer un besoin de protection, y compris de droits, et, peut-être, des ressources – économiques, sociales et culturelles⁶. À celles qu'initient – ou imposent – conflits, pauvreté, discriminations systémiques institutionnalisées, systèmes politiques autoritaires, négation systémique des droits fondamentaux ou encore précarité en ressources naturelles. De ces migrations, finalement, qui intéressent immédiatement la souveraineté des États susceptibles de devoir les accueillir et incitent à la préserver, à la protéger. Au risque sécuritaire qui leur est associé, d'une part, répond l'exigence de protection, de préservation, de cette souveraineté étatique que traduisent tant le contrôle du territoire et de la population auxquels elle s'attache que l'exercice de prérogatives en matière d'attribution de la citoyenneté et des

² Sur la gouvernance globale des migrations contemporaines, voir notamment : François Crépeau & Idil Atak, « Global Migration Governance: Avoiding Commitments on Human Rights, Yet Tracing a Course for Cooperation » (2016) 34:2 Neth QHR 113-146; Vincent Chetail, dir, *Mondialisation, migrations et droits de l'homme: le droit international en questions (volume II)*, Bruxelles, Bruylant, 2007. Sur les logiques de privatisation des « services » de gestion des migrations, voir notamment :

³ Sur la gestion sécuritaire des migrations internationales par l'Union Européenne, voir notamment : Emmanuel Blanchard, Olivier Clochard & Claire Rodier, « Sur le front des frontières » (2010) 87 Plein droit 3-7; Emmanuel Blanchard, « Externaliser pour contourner le droit » (2009) 308 Revue Projet 62-66; Olivier Clochard, dir, *Atlas des migrants en Europe: géographie critique des politiques migratoires*, Paris, Armand Colin, 2012; Claire Rodier, « Entrer, voir, dire, faire sortir » (2013) 96 Plein droit 23-26. Pour un aperçu des logiques de privatisation en matière de détention migratoire au sein de l'Union Européenne, voir notamment : *La détention des migrants dans l'Union européenne: un business florissant*, par Lydie Arbogast, Migreurop, 2016.

⁴ Didier Fassin, « Policing Borders, Producing Boundaries. The Governmentality of Immigration in Dark Times » (2011) 40 Annual Review of Anthropology 213-226.

⁵ À titre d'exemple, peut notamment être mentionné le champ lexical associé à la privation de liberté au motif du statut migratoire. Voir, notamment : Migreurop, « De la diversité des termes à l'usage d'euphémismes pour désigner les camps d'étrangers », (novembre 2013), en ligne: *Migreurop* <<http://closethecamp.org/2013/11/26/de-ladiversite-des-termes-a-lusage-deuphemismes-pour-designer-les-camps-detrangers/>>; Claire Rodier & Isabelle Saint-Saëns, « Contrôler et filtrer: les camps au service des politiques migratoires de l'Europe » dans Vincent Chetail, dir, *Mondialisation, migrations et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007 619; Claire Rodier, « Les camps d'étrangers, nouvel outil de la politique migratoire de l'Europe » (2005) 30 Mouvements 102-107.

⁶ On peut douter, ici, que l'expatriation au motif professionnel, entre pays aux situations économiques et sociales similaires soient considérées au titre des migrations *indésirables*. Pour peu qu'elles contribuent à l'économie nationale, qu'elles participent du *rayonnement* du pays en question à l'international, celles-ci seront plus encouragées, souhaitées que tenues à distance.

protections afférentes. Que ces migrations soient internationales, d'autre part, engage les États à titre d'acteurs d'un système international codifié – socialement et juridiquement – et ainsi leurs légitimités à y prendre part autant que le pouvoir qu'ils y exercent. Elles incitent, dès lors, à considérer les engagements et responsabilités des États à cette échelle internationale et notamment en ce qu'ils procèdent, précisément, de l'exercice de leur propre souveraineté. Éminemment liée à la souveraineté étatique, la gouvernance des migrations internationales engage ainsi une dynamique contradictoire de protection : *envers* le risque migratoire et *à l'égard* des personnes concernées par les migrations internationales et leurs droits⁷. De cette dynamique tend cependant à prévaloir la rhétorique sécuritaire dans l'appréhension contemporaine des migrations internationales – y compris dans leur gouvernance globale, interétatique, et ses codifications, juridiquement contraignantes ou non⁸. Elle engage, légitime et justifie ainsi le déploiement d'un dispositif sécuritaire de gestion des migrations internationales. De celui-ci participent immédiatement les pratiques d'externalisation des frontières⁹, l'usage des technologies pour en assurer contrôle et surveillance¹⁰, le recours – quasi systématique¹¹ – à la privation de liberté fondée sur le statut migratoire¹² ainsi que la privatisation des « services » de gestion des migrations¹³. L'implication d'une multiplicité d'acteurs –

⁷ À cet égard, Catherine Dauvergne remarque notamment : « Migration law is also tied to the nation through its association with sovereign national power. The linkage is not simply with the general sense of state power as sovereign, but with sovereign as in absolute power; sovereignty in its essential characterization [...] Control over migration is associated in these ways with the essence of being a nation, across a range of understandings of what that might be: people, borders, mythology, and a monopoly over coercive power ». Voir: Catherine Dauvergne, « Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times » (2004) 67:4 Mod L Rev 588-615, à la p 593.

⁸ Sur la gouvernance globale des migrations contemporaines, voir notamment : Crépeau & Atak, « Global Migration Governance », *supra* note 2; Chetail, *supra* note 2.

⁹ À cet égard, voir notamment Blanchard, *supra* note 3.

¹⁰ Ayse Cehan, « Les technologies européennes de contrôles de l'immigration: vers une gestion électronique des personnes à risque » (2010) 1:159 Réseaux 131-150.

¹¹ Daniel Wilsher, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, à la p xii. « We can thus see that detention has now become a technique of control used in a great many different situations to a wide variety of different categories of foreigners, a few alleged to be individually dangerous, most not. Both numbers of detainees and periods of detention have also risen substantially in recent years. These new legal categories not only bring persons under the panoply of detention powers, but also suggest that they occupy a lower political or moral status than citizens or lawful immigrants. They are deemed 'illegal', which has come to contain its own hostile implications. The legal categories thus both reflect and reinforce developing political and cultural norms about irregular migrants as deviants.".

¹² Sur les usages de la privation de liberté dans la gouvernance globale des migrations internationales, voir notamment : Lucy Fiske, *Human Rights, Refugee Protest and Immigration Detention*, Londres, Palgrave Macmillan Publishers, 2016; Mary Bosworth, *Inside Immigration Detention*, New York, Oxford University Press, 2014; Wilsher, *supra* note 11. Sur les logiques de privatisation en matière de détention migratoire, voir notamment : Nancy Hiemstra & Deirdre Conlon, « Beyond privatization: bureaucratization and the spatialities of immigration detention expansion » (2011) 5:3 Territory, Politics, Governance 189-209; Michael Flynn, « Kidnapped, Trafficked, Detained: The Implications of Non-State Actor Involvement in Immigration Detention » (2017) 5 J Migr & Hum Sec 593-613; Michael Flynn, « There and Back Again: On the Diffusion of Immigration Detention » (2014) 5:3 J Migr & Hum Sec 593-613.

¹³ Pour un aperçu des logiques de privatisation en matière de détention migratoire, au sein de l'Union Européenne, voir notamment Arbogast, *supra* note 3; voir également Hiemstra & Conlon, *supra* note 12; Flynn, « Kidnapped, Trafficked, Detained », *supra* note 12; Flynn, *supra* note 12.

étatiques, interétatiques, internationaux ou privés¹⁴ – qu’emporte ces logiques managériales favorise, en outre, une culture de l’opacité tendant à diluer, inhiber, les responsabilités et, notamment, l’imputabilité des violations des droits humains dont ces pratiques peuvent être le théâtre. Empruntant jusqu’à ses lieux au régime carcéral¹⁵, contribuant à la marginalisation des migrant.e.s « non-autorisé.e.s », jugé.e.s indésirables, « déviant.e.s » au regard des prérogatives souveraines des États concernés¹⁶, ce dispositif sécuritaire procède autant qu’il participe de l’amalgame contemporain entre migration et criminalité¹⁷.

Que cette approche sécuritaire prévale dans la gouvernance globale des migrations internationales contemporaines engage ainsi des dynamiques contradictoires de protection de la souveraineté étatique. Que cette approche sécuritaire se matérialise par un dispositif aussi vaste que complexe de contrôle, de surveillance et de criminalisation des migrations met en tension les prérogatives souveraines des États en matière d’immigration et de citoyenneté, d’une part, et l’exercice de cette souveraineté dans le champ du droit international et de la protection des droits humains, d’autre part. Une tension que met incidemment en exergue la photo de cet enfant, Aylan. Enfant, il incite à considérer la souveraineté étatique au prisme de ses engagements en matière de d’aide humanitaire, de secours, de protection de l’enfance autant que de droits humains, de droits de l’enfant. Migrant, demandeur d’asile ou réfugié, il engage à considérer la souveraineté étatique au prisme de son exercice dans la gouvernance contemporaine sécuritaire des migrations internationales. Que cet enfant ait cherché refuge, finalement, cristallise l’ambivalence de cette souveraineté étatique dans la gouvernance globale des migrations internationales autant que celle de l’enfance migrante¹⁸.

¹⁴ Pour une analyse critique de l’implication de l’Organisation internationale des migrations (OIM), récemment intégrée au système des Nations Unies, voir: Jan Klabbers, « Notes on the ideology of international organizations law: The International Organization for Migration, state-making, and the market for migration » (2019) *Leiden J Int’l L* 1-18, aux pp 13, 16 et 17.

¹⁵ Fiske, *supra* note 12 à la p 203.

¹⁶ Wilsher, *supra* note 11 à la p xii.

¹⁷ Cette tendance, marquée, à associer migrations et criminalité a, notamment, été conceptualisée par le néologisme « crimigration », lequel « refers to the convergence of immigration law with criminal law, through the expansion of policing enforcement inside the country and its borders. Starting in the 1980s, immigration laws (in the United States and elsewhere, including Europe, Australia, and Canada) have shifted towards the criminalization of certain immigrants under ideologies of securing the nation from outside threats ».

Voir: Cecilia Menjivar, Andrea Gómez Cervantes & Daniel Alvord, « The expansion of ‘crimmigration’, mass detention, and deportation » (2018) 12:4 *Sociology Compass*, en ligne: <<https://onlinelibrary.wiley.com/action/showCitFormats?doi=10.1111%2Fsoc4.12573>>, à la p 2.

¹⁸ Jacqueline Bhabha, *Child Migration & Human Rights in a Global Age*, Princeton, Princeton University Press, 2014; Jacqueline Bhabha, dir, *Children Without a State. A Global Human Rights Challenge*, Cambridge, The MIT Press, 2011; Jacqueline Bhabha, « “Get Back to Where You Once Belonged”: Identity, Citizenship, and Exclusion in Europe » (1998) 20:3 *Hum Rts Q* 592-627; Jacqueline Bhabha, « The Child: What Sort of Human? » (2006) 121:5 *PMLA* 1526-1535; Jason M Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge Asylum and Migration Studies, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017.

En septembre 2016, soit « un an après que la photo du petit Aylan Kurdi eut bouleversé le monde »¹⁹, la soixante-treizième session du Comité des droits de l'enfant s'ouvrait par son rappel ainsi que la présentation des *Principes recommandés lors de la conduite d'actions concernant les enfants en déplacement et autres enfants touchés par la migration* élaborés conjointement par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) et le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) à l'intention, notamment, des États²⁰. De ces principes, le premier se lit comme suit : « [l]es enfants en déplacement et autres enfants touchés par la migration doivent être considérés comme des enfants avant tout, et toute action les concernant doit se baser, en premier lieu, sur leur intérêt supérieur »²¹. Aussi, la photo d'Aylan incite-t-elle à interroger plus avant cet « intérêt supérieur de l'enfant ».

Problématique

L'objet des réflexions qui s'initient ici est donc un lieu commun. De ces expressions si communément employées dans le langage usuel qu'on en oublie – ou omet ? – parfois d'interroger le sens. Comme si leur seul usage suffisait à communiquer ce à quoi elles réfèrent, leur signification, ce qu'elles impliquent, ce à quoi elles engagent. Un lieu commun, un *topos*, donc. À cette exception près que les usages de celui-ci – intérêt supérieur de l'enfant – échouent à en communiquer le sens autrement que par les termes qui le compose. Si ce groupe nominal – intérêt supérieur de l'enfant – peut sembler recouvrir un sens « évident », il se révèle cependant complexe tant sur les plans linguistique que sémantique.

¹⁹ Propos tenus par M. Ibrahim Salama, chef de la Division des traités au Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies lors de sa déclaration d'ouverture de la soixante-treizième session du Comité des droits de l'enfant, le 13 septembre 2016 à Genève. Voir : OHCHR, communiqué, 13 septembre 2016, « Le Comité des droits de l'enfant ouvre les travaux de sa soixante-treizième session », en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/2016/09/committee-rights-child-opens-seventy-third-session>>.

²⁰ Voir : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CMW/Recommended-principle_FR.pdf>.

²¹ Dans son libellé complet, le premier principe se lit comme suit : « Les enfants touchés par la migration devraient disposer des mêmes droits que tous les autres enfants, entre autres, le droit à l'enregistrement des naissances, la possibilité de prouver son identité, le droit à une nationalité, l'accès à l'éducation, à la santé, à un logement et à une protection sociale. Les personnes responsables ne doivent pas présumer que les solutions standards fonctionnent pour tous les enfants. Il leur est, au contraire, demandé d'évaluer la situation de chaque enfant, du point de vue individuel et familial, avant toute prise de décision aux conséquences durables. L'entrée ne doit pas être refusée à des enfants se trouvant en zone frontière sans qu'un examen individuel et adapté à leur demande ait été conduit et sans les garanties nécessaires démontrant que la décision est prise dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

L'intérêt supérieur de l'enfant comme lieu commun : détour étymologique

Par *enfance*, tout d'abord, la langue française réfère à la « période de la vie humaine qui va de la naissance à l'adolescence ». Du latin *infans*, *-antis*, – « qui ne parle pas encore » –, le terme enfant désigne ainsi quiconque « avant l'adolescence » et le distingue comme n'étant pas adulte. Une autre acception du terme réfère, cependant, à une « personne naïve », désigne « quelqu'un de candide, d'un comportement spontané ». *Enfance* peut, en outre, s'employer en référence à l'« origine, [au] commencement, [au] début d'une chose susceptible de développement ». Dans la langue française, *intérêt* recouvre, ensuite, plusieurs acceptions. Du latin *interest* – « il importe » – ce terme réfère immédiatement à « ce qui importe, ce qui convient, est avantageux » et ainsi au « souci de ce qui va dans le sens de quelque chose, de quelqu'un, qui leur est favorable » – synonyme, en cela, d'avantage, cause, ou profit. Dans une autre acception il réfère à une « attention favorable, bienveillante, que l'on porte à quelqu'un » mais aussi à l'« agrément qu'on y prend ». Il est alors synonyme de bienveillance, de sollicitude ou de sympathie. Enfin, le terme « intérêt » peut référer à « ce qui, dans quelque chose, chez quelqu'un, retient l'attention par sa valeur, son importance » et, ainsi à son charme ou son originalité. De racine latine également, *supérieur* est compris dans la langue française comme ce « qui, dans une classification, a un rang considéré comme très élevé », et ainsi synonyme d'éminent, exceptionnel, prééminent autant que de sublime, suprême, transcendant ou unique. Il réfère, en outre, à ce « qui, par ses qualités, sa valeur, etc., se situe à un niveau plus élevé qu'un autre, que d'autres », synonyme, en cela, de meilleur²².

De l'enfant, l'*intérêt* semble ainsi pouvoir référer autant à ce qui le distingue – des adultes, des autres – à ce qui lui importe, convient ou lui est avantageux qu'à l'attention, la bienveillance qu'on lui porte ou qu'il inspire. Qualifié de *supérieur*, semble s'attacher à cet intérêt de l'enfant la considération d'une hiérarchie, voire de primauté. Laquelle pourrait s'appliquer, cependant, tant à l'intérêt de l'enfant compris comme désignant sa singularité, son unicité, qu'à ce même intérêt entendu comme désignant ce qui importe ou convient à – ou *pour* – cet enfant. Informée par leurs acceptions respectives, la considération conjointe de ces trois termes, de cette expression « intérêt supérieur de l'enfant » échoue ainsi à communiquer précisément le sens à lui accorder. L'intérêt supérieur pouvant être considéré tant comme caractéristique inhérente de l'enfant – lequel en serait ainsi sujet – que comme corollaire de sa singularité, dont l'enfant, serait ainsi objet. De cette expression se distinguent, cependant, la considération d'une unicité, d'une

²² À cet égard, notons ici que l'expression *intérêt supérieur de l'enfant* se lit en anglais « best interests of the child ».

singularité, autant que d'une hiérarchie, d'une prévalence voire d'un absolu – supérieur étant notamment considéré comme synonyme de suprême.

Lieu commun ou figure de rhétorique, l'intérêt supérieur de l'enfant est-il peut-être aussi une allégorie dont la compréhension engage à considérer ce qu'on de commun les usages de cette expression. Le champ sémantique de l'enfance, bien sûr, de sa protection, de son secours, aussi ; de l'empathie, parfois. Celui de la vulnérabilité – parfois victime –, également. Un champ sémantique engageant ainsi à l'humanité, à des considérations morales, éthiques peut-être. Dont le *pathos* tend, en creux, à suggérer la neutralité, l'apolitisme. L'intérêt supérieur de l'enfant serait ainsi l'allégorie d'un idéal de protection de l'enfance, de secours, d'humanité, ancré dans des valeurs – tout aussi idéelles – morales, éthiques, apolitiques²³. Ainsi qu'en témoignent l'appréhension contemporaine des migrations internationales, les usages de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » engageant, cependant, un autre champ sémantique : celui des droits humains, des libertés fondamentales, de leur protection mais aussi de leur respect, de leur reconnaissance et de leur réalisation. Peut-être, alors, cet intérêt supérieur de l'enfant est-il autre chose qu'un lieu commun, une figure rhétorique ou une allégorie. Peut-être s'agit-il, aussi, d'une synecdoque, assignant à un mot, à une expression, le sens plus large qu'ils contribuent à décliner – la partie pour le tout, le détail pour l'ensemble. L'intérêt supérieur de l'enfant référant alors au *droit* de l'enfant à voir son intérêt supérieur constituer une considération primordiale de toute décision le concernant. Un droit énoncé et protégé par l'article 3(1) de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* adoptée le 20 novembre 1989 sous l'égide des Nations Unies et, depuis, ratifiée quasi universellement par ses membres²⁴.

L'intérêt supérieur de l'enfant, entre principe et droit

De toutes les dispositions que décline cet instrument du droit international, l'article 3(1) est certainement l'un des plus largement connus, mobilisés et analysés²⁵. Et ce, notamment, parce qu'il dispose d'un des

²³ Philip Alston, « The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights » (1994) 1 Int'l JL & Fam 1-25; John Tobin, « Introduction: The Foundation for Children's Rights » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 3.

²⁴ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, entrée en vigueur: 2 septembre 1990.

²⁵ Fabrice Langrognet, « The Best Interests of the Child in French Deportation Case Law » (2018) 18 HRL Rev 567, à la p 567.

quatre *principes généraux* de la Convention²⁶ – aux côtés des droits à la vie, à la survie et au développement²⁷, à la non-discrimination²⁸ ainsi que du droit de l'enfant d'être entendu²⁹. À ce titre, il constitue « une des valeurs fondamentales »³⁰ de la Convention et doit, conjointement des autres principes généraux, guider l'interprétation et la mise en œuvre de l'ensemble des droits qu'elle décline et protège³¹. Et ce, dans la mesure où l'article 3(1) « vise à assurer tant la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus dans la Convention que le développement global de l'enfant »³². Aussi, l'article 3(1) se lit comme suit :

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 primordiale³³.

Si la Convention en fait un droit de l'enfant, par ailleurs d'importance fondamentale dans la réalisation et la protection du corpus qu'elle décline, elle n'introduit pas, cependant, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit international. La *Déclaration des droits de l'enfant*, adoptée trente ans plus tôt – le 20 novembre 1959 – par les Nations Unies disposait, en effet, d'une première itération du principe en ces termes :

L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante³⁴.

Ces deux libellés engagent à plusieurs considérations préliminaires, et ce tant à l'égard de l'intérêt supérieur de l'enfant que des deux instruments dans lesquels ils s'inscrivent. Entre eux, tout d'abord, s'opère un glissement conceptuel à l'égard de l'enfant – traduit sur le plan normatif par la contrainte associée au second. En 1959, la Déclaration initiait – sans valeur contraignante – la reconnaissance de l'enfant comme titulaire de droits et, en particulier, à une protection spéciale. Elle déclinait ainsi une série de principes, associés à

²⁶ *Observation générale no 5 (2003) sur les mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art.4, 42 et 44, par.6)*, 2003, Doc NU CRC/GC/2003/5 au para 12.

²⁷ *CDE*, *supra* note 24, art 6.

²⁸ *Ibid*, art 2.

²⁹ *Ibid*, art 12.

³⁰ *Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3, par.1)*, 2013, Doc NU CRC/C/GC/14 au para 1.

³¹ *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12; *Observation générale no 14*, *supra* note 30 au para 1.

³² *Observation générale no 14*, *supra* note 30 au para 4.

³³ *CDE*, *supra* note 24, art 3(1).

³⁴ *Déclaration des droits de l'enfant*, AG NU Rés 1386 (XIV), 14ème session, Doc NU A/RES/1386 (XIV) (1959), principe 2.

des droits, sans toutefois envisager que l'enfant puisse les exercer de manière autonome. En 1989, la Convention introduisait en droit international l'enfant tant comme *sujet* de droits – incluant celui de les exercer – que comme relevant d'une *catégorie* spécifique du droit international des droits humains. Elle formalisait, ainsi, une double reconnaissance de la singularité de l'enfance, engageant à une protection spéciale, et de la qualité de *sujet* à part entière de l'enfant. Engageant, dès lors, à considérer l'enfant non plus comme seul objet de protection mais comme sujet distinct, sinon autonome. À ce glissement conceptuel, ensuite, s'attache une traduction normative, comprise notamment dans les énoncés de l'intérêt supérieur de l'enfant dont disposent les deux instruments. En 1959, l'intérêt supérieur de l'enfant est immédiatement associé tant à la distinction de l'enfant comme devant « bénéficier d'une protection spéciale » qu'au développement de l'enfant. Et si, en 1989, la Convention reconnaît également à l'enfant un droit à une protection particulière, on notera cependant qu'elle l'énonce distinctement de son droit à ce que son intérêt supérieur constitue une considération primordiale de toute décision le concernant. Lequel est, en outre, distingué de toute référence explicite au développement de l'enfant, par ailleurs lui-même reconnu comme droit à l'article 6 de la Convention. Que l'intérêt supérieur de l'enfant soit énoncé dans une disposition dédiée, distinctement des droits de l'enfant à une protection spéciale et au développement suggère ainsi que s'y attache une certaine indépendance, que sa qualité de droit de l'enfant n'est pas subordonnée à la reconnaissance d'autres droits. Entre 1959 et 1989, enfin, s'opère un glissement sémantique d'importance dans l'énoncé de cet intérêt supérieur de l'enfant. Distingué en 1959 comme « la considération déterminante », il constitue en 1989 « une considération primordiale » des décisions le concernant l'enfant. D'apparence anodine, à cette variation syntaxique, s'attachent cependant des implications sémantiques et, partant, interprétatives³⁵. Que cet intérêt de l'enfant constitue *une* considération *primordiale* semble se poser, d'emblée, en contradiction de la supériorité qui lui est pourtant attachée.

Intentions de recherche

La présente étude s'intéresse à l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » en sa qualité de synecdoque, en ce qu'elle réfère à un droit énoncé et protégé par l'article 3(1) de la Convention de 1989. Et si comme lieu commun ou allégorie, l'intérêt supérieur de l'enfant recouvre une malléabilité rhétorique, celle-ci se traduit,

³⁵ Alston, « The Best Interests Principle », *supra* note 23 aux pp 18-19.

dans le champ du droit international et de son interprétation par l'indétermination³⁶. De ce droit que désigne l'expression intérêt supérieur de l'enfant, l'examen du libellé de l'article 3(1) ne permet pas de distinguer la teneur, la portée. Ce *qu'est* – ou, *dans* – cet intérêt supérieur de l'enfant, ce qu'il recouvre, implique, ce à quoi il engage mais aussi ce qui en détermine semblent ainsi laissés à interprétation discrétionnaire. Et ce, en contrepoint d'une distinction de l'article 3(1) comme *principe général* de la Convention et, ainsi, d'une importance manifeste dans le corpus duquel il participe, y compris en matière interprétative.

Aussi, est-ce par le constat de ces contradictions que s'initient les réflexions proposées par la présente étude. Celui de l'indétermination d'une norme juridique fondamentale à la protection et la réalisation des droits de l'enfant qu'est l'article 3(1) de la Convention. Lequel est mis en abyme par la tension posée par la constance des usages de l'expression intérêt supérieur de l'enfant et celle de sa malléabilité rhétorique. Et, finalement, par la porosité entre le langage courant et celui du droit international. En arrière-plan de notre étude, celle-ci incite à interroger les ancrages historiques, sociaux, politiques du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme norme, aussi indéterminée que fondamentale, du droit international et de la protection des droits de l'enfant. De ceux-ci semblent témoigner le glissement sémantique – auquel s'attache une dimension normative – opéré entre les Déclaration de 1959 et Convention de 1989 dans l'énoncé du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. De celui-ci, la Convention de 1989 dispose d'un droit, d'importance fondamentale au corpus qu'elle décline. Un droit dont l'énoncé échoue, cependant, à communiquer la teneur. Un *droit* dont l'importance couplée à l'indétermination suggèrent l'ambivalence.

Au bénéfice de ces considérations préliminaires, la présente étude s'attache à explorer la traduction juridique de cet intérêt supérieur de l'enfant en une norme indéterminée qu'est l'article 3(1) de la Convention. L'indétermination dont il est question est ainsi celle de l'article 3(1). Et si elle est nécessairement associée à celle de l'intérêt supérieur de l'enfant comme expression rhétorique, la présente étude entend cependant l'aborder par le prisme de ce qu'elle implique dans la protection et la réalisation du droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur constituer une considération primordiale de toute décision le concernant autant que dans la compréhension de l'enfant qui en est sujet. Du constat de la malléabilité sémantique, conceptuelle, autant que normative de l'intérêt supérieur de l'enfant, cette étude s'articule autour de l'hypothèse selon laquelle l'indétermination de l'article 3(1) cristalliserait l'ambivalence tant de l'intérêt supérieur de l'enfant comme droit que de l'enfant comme sujet des droits protégés par la Convention. Interroger l'indétermination de l'article 3(1) permettrait, dès lors, d'informer la compréhension tant de ce droit en particulier que de l'enfant qui en est titulaire et sujet. Et si la démarche exploratoire – plutôt que prescriptive – dans laquelle

³⁶ Au sens strict, caractère de ce qui n'est pas déterminé, délimité ou précisé.

s'engage cette étude a pour objet l'indétermination de l'article 3(1), est néanmoins anticipé qu'elle permette d'informer ou d'esquisser quelque compréhension de cet enfant qu'elle concerne.

De l'indétermination de l'article 3(1), la présente recherche entend ainsi interroger la teneur, essayer de comprendre ce *sur* ou *envers* quoi elle s'opère, et de quelle(s) manière(s), ce qu'elle implique – ou pourrait impliquer – dans la protection et la réalisation du droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur constituer une considération primordiale de toute décision le concernant. En ce qu'elle participe d'un traité international, la compréhension de cette norme indéterminée qu'énonce l'article 3(1) de la Convention engage ici à une démarche exploratoire, empruntant aux règles et principes d'interprétation qu'établit le droit international lui-même. Déclinée en trois étapes successives, cette étude s'attache à explorer la compréhension du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son indétermination – sémantique, conceptuelle et normative – par celle de son contexte d'émergence au sein du champ de la protection de l'enfance autant que du corpus normatif international dans lequel ils s'inscrivent que sont la Convention et ses interprétations. Aussi, cette démarche exploratoire s'articule-t-elle autour de trois questions de recherche énoncées en ces termes :

- De quelles trajectoires historiques et conceptuelles participe ou procède la distinction de l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe de protection de l'enfance puis comme droit de l'enfant que semble traduire le glissement sémantique opéré – entre 1959 et 1989 – dans son énoncé ?
- Que recouvrent ce droit de l'enfant et l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention qui en dispose ?
- Aussi fondamental qu'ambivalent, de quelle compréhension de l'enfant, qui en est sujet, témoigne ce droit dont dispose cette norme indéterminée qu'est l'article 3(1) de la Convention ?

Des réflexions ici initiées tend à se distinguer une certaine porosité entre la malléabilité rhétorique de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant », celle du principe de protection de l'enfance qu'elle désigne ainsi que du droit de l'enfant auquel il réfère et que formalise l'article 3(1) de la Convention. De ce constat s'amorce une démarche exploratoire, menée depuis le champ des sciences juridiques intéressant le droit international, dont l'indétermination de l'article 3(1) compose l'objet d'étude. En ce qu'elle s'attache à la compréhension de l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention disposant de l'intérêt supérieur de l'enfant comme d'un droit, cette étude incite à considérer l'exercice d'interprétation du droit international ainsi que les règles et principes dont dispose à cet égard la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (CVDT)³⁷. En ce qu'elle considère le droit international comme langage dont l'indétermination constitue

³⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 29 mai 1969, J155 RTNU 331.

une « propriété intrinsèque »³⁸, la présente recherche postule de l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention et n'entend pas en proposer la démonstration ou en établir la preuve. Elle exclut, en outre, que puisse exister quelque vérité du droit international et de son interprétation. Aussi, la démarche interprétative à laquelle engage l'indétermination de l'article 3(1) – objet de la présente étude – ne porte pas l'ambition d'établir ou de prescrire quelque interprétation de l'article 3(1) de la Convention. De l'indétermination de l'article 3(1), la présente étude entend ainsi interroger la compréhension, les ancrages – sémantiques, conceptuels et normatifs – autant que les implications sur la teneur du droit de l'enfant qu'elle formalise au concours d'une démarche interprétative exploratoire plutôt que prescriptive. Plutôt qu'une interprétation fixe, immuable, de l'article 3(1) est envisagé que cette démarche puisse permettre d'esquisser quelque compréhension tant de l'intérêt supérieur de l'enfant dont il dispose comme d'un droit que de l'enfant qui en est sujet.

Cadre d'analyse

Le droit international comme langage, l'indétermination comme « propriété intrinsèque » du droit international

Aux termes de la présente étude, le droit international est considéré comme *langage*, comme « pratique sociale argumentaire »³⁹ dont l'indétermination constitue une « propriété intrinsèque »⁴⁰. Plutôt qu'une anomalie, apposée au droit ou à la règle par quelques ambiguïtés du langage – externes au droit –, l'indétermination est inhérente au droit international, constitue la caractéristique fondamentale de cette *structure argumentaire*⁴¹, de ce langage. Aussi n'est-il pas envisagé que le droit international puisse recouvrir quelque objectivité. À l'inverse, le droit international – puisqu'il est langage et pratique sociale – est traversé par les relations de pouvoir et de subordination desquelles il procède et participe. Aussi peu objectif, ou neutre, qu'il n'est universel, le droit international dispose et traduit ses propres contingences et, notamment, historiques, économiques, sociales ou culturelles. Et ce, tant dans ses règles juridiques, leur

³⁸ Martti Koskenniemi, « Le style comme méthode: lettre aux organisateurs du symposium » dans *La politique du droit international*, Doctrine(s), Paris, Éditions A. Pedone, 2007 391, à la p 396.

³⁹ Martti Koskenniemi, « Entre Apologie et Utopie: la politique du droit international » dans *La politique du droit international*, Doctrine(s), Paris, Éditions A. Pedone, 2007 51, à la p 95.

⁴⁰ Koskenniemi, *supra* note 38 à la p 396.

⁴¹ *Ibid* à la p 397.

production que leurs usages et études. Disposer du droit international comme langage engage ainsi à exclure que l'interprétation juridique puisse révéler quelque « vérité » immuable du droit. Participant de cette pratique sociale argumentaire qu'est le droit international, l'exercice d'interprétation traduit également ses propres biais et positionnements. Et si elle engage à un travail constant de déconstruction du langage, l'interprétation du droit international, parce qu'elle est située, parce qu'elle est pratique sociale, ne peut prétendre à l'exhaustivité, à quelque objectivité ou universalité. Disposer de l'indétermination comme d'une propriété intrinsèque de cette structure argumentaire qu'est le droit international exclut, en outre, d'envisager que l'interprétation puisse prétendre la pallier⁴². De ce « dilemme indépassable du droit »⁴³, dont il est ici postulé, peuvent néanmoins être interrogés les ressorts et effets, le langage, les biais et positionnements⁴⁴ par l'exercice d'interprétation attentif aux silences du droit international⁴⁵.

⁴² *Ibid* à la p 396.

⁴³ Koskeniemi, *supra* note 39 à la p 95. « Toute règle juridique, principe ou projet de communauté internationale, n'est considéré comme acceptable que s'il est formulé de manière abstraite et formelle, mais dès qu'il y a mise en œuvre de cette règle, de ce principe ou de ce projet, on doit présumer qu'une certaine interprétation ou expérience collective aura été mise de côté ; et cette mise en œuvre paraîtra apologétique. C'est un dilemme indépassable du droit, lié au langage du droit et dont nous ne pouvons sortir car le droit n'est que cette pratique sociale argumentaire. Il nous faut seulement en prendre conscience pour bien comprendre où se situe précisément la nature irréductiblement politique du droit international. [...] Si le droit ne peut pas donner des justification objectives aux décisions institutionnelles des juristes parce que, à travers la dialectique de l'*apologie* et de l'*utopie*, chaque décision est tout autant justifiée que la décision opposée, d'où vient l'expérience indéniable de la prévisibilité de ces décisions en pratiques ? En d'autres termes, même s'il est possible dans chaque cas particulier ou dans chaque interprétation, de prendre soit la position « a » ou la position « -a », comment expliquer que les institutions judiciaires développent toujours des positions privilégiées, qu'elles se prononcent toujours en faveur de ces intérêts-ci et non pas en faveur de ces intérêts-là ? L'indétermination de la structure argumentative esquissée plus haut implique que ces positions privilégiées ne s'expliquent qu'en raison des tendances particulières et des préférences substantielles non juridiques des institutions en question (sans pour autant dire qu'il y a mauvaise foi ou manipulation). Si les arguments juridiques sont indéterminés, il faut trouver quelque structure à l'intérieur de laquelle la décision (l'interprétation, la doctrine, etc.) semble cohérente et bien justifiée. Cette cohérence est une structure *de facto* que l'on peut appeler la tendance structurelle ou institutionnelle, où réside la politique du droit international, une tendance ou un préjugé qui résulte — et peut seulement résulter — de facteurs au-delà du droit, mais sans lequel l'objectivité juridique (au sens des décisions des juristes) serait impossible. »

⁴⁴ Hilary Charlesworth, Christine Chinkin & Shelley Wright, « Feminist Approaches to International Law » (1991) 85:4 AJIL 613-645, à la p 634.

⁴⁵ À cet égard, Hilary Charlesworth estime notamment que : « A methodology sometimes employed to question the objectivity of a discipline is that of detecting silences. All systems of knowledge depend on deeming certain issues as irrelevant or of little significance. In this sense, the silences of international law may be as important as its positive rules and rhetorical structures ». Voir : Hilary Charlesworth, « Feminist Methods in International Law » (1999) 93:2 AJIL 379-394, à la p 381.

Interpréter le droit international au concours des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

En ce qu'elle participe d'un traité international, l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention engage, dans son étude, à considérer les règles d'interprétation établies par le droit international lui-même et, notamment, par la CVDT⁴⁶. En son article 31, celle-ci enjoint à ce que l'interprétation soit menée de « bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁴⁷. Au *contexte* étant explicitement fait référence à l'ensemble du traité dont il est question – incluant les préambule et annexes⁴⁸ – ainsi qu'à tout accord⁴⁹ ou instrument établi⁵⁰ à l'occasion de son adoption y ayant rapport et étant accepté comme tel par les parties audit traité⁵¹. En sus, la CVDT dispose que doivent également être considérés les instruments, accords⁵² et pratiques ultérieures⁵³ à son adoption intéressant immédiatement l'interprétation du traité et témoignant de l'accord des parties à cet égard⁵⁴. Et ce, incluant « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »⁵⁵. Enfin, il est également précisé qu'« un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties »⁵⁶. En sus de ces règles générales, la CVDT dispose – en son article 32 – des *moyens complémentaires d'interprétation* pouvant également être mobilisés et, « notamment [les] travaux

⁴⁶ CVDT, *supra* note 37.

⁴⁷ *Ibid*, art 31(1).

Dans son libellé complet, l'article 31 se lit comme suit :

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins d'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a. Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - b. Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a. De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b. De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c. De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties

⁴⁸ *Ibid*, art 31(2).

⁴⁹ *Ibid*, art 31(2) al a].

⁵⁰ *Ibid*, art 31(2) al b].

⁵¹ *Ibid*, art 31(2).

⁵² *Ibid*, art 31(3) al a].

⁵³ *Ibid*, art 31(3) al b].

⁵⁴ *Ibid*, art 31(3), al a] et b).

⁵⁵ *Ibid*, art 31(3) al c].

⁵⁶ *Ibid*, art 31(4).

préparatoires et [les] circonstances dans lesquelles le traité a été conclu »⁵⁷. Ceux-ci pouvant particulièrement être sollicités, lorsque l'interprétation d'une norme au seul concours des règles générales dont dispose l'article 31 en « laisse le sens ambigu ou obscur »⁵⁸. La complémentarité qu'associe l'article 32 à ces outils d'interprétation n'emporte pas nécessairement une subsidiarité, une infériorité d'importance de ceux-ci dans l'exercice d'interprétation du droit international⁵⁹. Si les règles dont dispose la CVDT initient une méthode, esquissent les paramètres suivant lesquels entreprendre quelque exercice d'interprétation du droit international, elles n'entament pas, cependant, la dimension politique de celui-ci⁶⁰. Plutôt que seule « technique »⁶¹, l'interprétation du droit international constitue – à l'instar du droit international, lui-même – d'une pratique sociale, nécessairement, située, contingente. Aussi, disposer d'une méthode, de paramètres dans lesquels initier l'interprétation n'engage pas à considérer que celle-ci permette, pour autant, de distinguer quelque « vérité » ou « objectivité » du droit international.

Paramètres de la recherche

Situé dans le champ du droit international, et incitant à une démarche interprétative, l'objet de cette étude engage à considérer les règles d'interprétation dont dispose la CVDT et, en particulier, en ses articles 31 et 32. Celles-ci seront ainsi considérées conjointement, excluant ainsi qu'aux travaux préparatoires et circonstances de conclusion du traité soient accordées une importance moindre qu'au *contexte* de la norme à l'étude. À l'inverse, ils sont immédiatement envisagés comme les outils privilégiés d'une réflexion intéressant la compréhension d'une norme indéterminée telle que l'article 3(1) de la Convention de 1989. Des *circonstances de conclusion du traité* sera ici considérée une acception large, engageant à la

⁵⁷ Dans son libellé complet, l'article 32 se lit comme suit :

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation et, notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a. Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b. Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable

Ibid, art 32, nos italiques.

⁵⁸ *Ibid*, art 32, al a].

⁵⁹ Julian D Mortenson, « The Travaux of the Travaux: Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History? » (2013) 107:4 AJIL 780-822, aux pp 781 et 821.

⁶⁰ Jan Klabbbers, « International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation? » (2003) 50:3 Netherlands International Law Review 267-288, à la p 274.

⁶¹ *Ibid*.

considération des instruments internationaux dans le sillage desquels s'inscrit la Convention – et, notamment, la Déclaration de Genève de 1924⁶² adoptée par la Société des Nations ainsi que la Déclaration des droits de l'enfant adoptée sous l'égide de l'ONU en 1959 – autant que ceux qui composent le corpus normatif international de protection des droits humains duquel elle participe. Du *contexte* de l'article 3(1) est ici entendu qu'il inclut la Convention dans son ensemble – sa partie opérative, autant que ses préambule et annexes –, les réserves et déclarations interprétatives émises par les États parties – tant lors de la conclusion de la Convention que par la suite –, les protocoles optionnels à la Convention, ainsi que l'ensemble des travaux du Comité des droits de l'enfant intéressant la mise en œuvre du traité, et son suivi par les États parties autant que son interprétation – et, ainsi les *Observations finales* autant que les *Observations générales* émises par le Comité. En sus des travaux préparatoires de la Convention, ce *contexte* déclinera ainsi le corpus privilégié de la démarche interprétative exploratoire qu'entreprend cette étude. Aussi, la Convention est-elle envisagée comme disposant des paramètres immédiats dans lesquels sera menée la démarche exploratoire proposée par cette étude. Et si, à ce titre, la Convention est appréhendée au sens large – incluant ainsi ses *circonstances de conclusion*, le *contexte* de l'article 3(1), et les travaux préparatoires – elle dispose cependant des limites dans lesquelles seront menées les réflexions.

Du « contexte » de l'article 3(1) l'acception qu'en retient notre étude exclut la jurisprudence intéressant l'interprétation de cette norme issue des travaux ne relevant pas du système des Nations Unies. Et si la pertinence de la jurisprudence issue d'autres instances qu'onusiennes — qu'elles soient nationales, régionales ou internationales — dans une démarche interprétative intéressant la compréhension de l'intérêt supérieur de l'enfant autant que l'indétermination de l'article 3(1) est ici reconnue, les paramètres dans lesquels s'initie celle proposée par la présente étude ne permettent pas de la considérer. Aussi des travaux d'interprétation de l'article 3(1), du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme d'autres dispositions de la Convention, ne seront ici considérés que ceux du Comité des droits de l'enfant. Les contraintes dans lesquelles s'initient la présente étude, par ailleurs, ne permettent pas que le corpus jurisprudentiel issu des travaux du Comité soit envisagé dans son ensemble, pleinement et rigoureusement. Aussi, les réflexions proposées par cette étude et empruntant aux travaux du Comité s'appuieront en priorité sur les interprétations proposées par celui-ci dans les *Observations générales*. Si la pertinence du recours aux *Observations finales* du Comité autant que des rapports et travaux émis par celui-ci dans le cadre de ses mandats de suivi et surveillance de la mise en œuvre de la Convention par les États y étant parties est ici reconnue, l'ampleur de la littérature qu'ils composent ne permet pas que cette étude s'essaie à en proposer quelque analyse aussi rigoureuse que complète. Aussi, lorsque les travaux d'interprétation de la Convention

⁶² *Déclaration de Genève*, Compte rendu de la Cinquième Assemblée, Journal Officiel de la Société des Nations, Supplément spécial No 23, p 179.

proposés par le Comité ailleurs que dans ses *Observations générales* seront abordés, les réflexions afférentes s'appuieront sur une la littérature doctrinale s'y intéressant spécifiquement plutôt qu'immédiatement sur ces travaux. Une attention particulière sera néanmoins portée aux approches méthodologiques retenues par ces analyses et commentaires des travaux du Comité et privilégiées celles qui en font l'examen immédiat. Pour des raisons similaires, les travaux intéressant la compréhension de l'intérêt supérieur de l'enfant autant que l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention issus d'autres instances que le Comité des droits de l'enfant, doivent également être exclus du corpus jurisprudentiel sur lequel s'appuie la présente recherche. En ce qu'elles concerneront principalement la formalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'article 3(1), l'élaboration de celui-ci ainsi que le corpus normatif immédiat dans lequel il s'inscrit, les réflexions proposées par cette étude s'appuieront majoritairement sur l'examen des travaux préparatoires de la Convention et des *Observations générales* émises par le Comité.

En amont de l'examen de l'article 3(1) sera néanmoins proposée une exploration du contexte d'émergence de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'*une* histoire de la protection de l'enfance au vingtième siècle. Et si cette étude s'intéresse à un droit de l'enfant dont dispose en une norme indéterminée l'article 3(1) de la Convention, que cette dernière n'introduise pas le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit international engage à considérer le contexte normatif et conceptuel dans lequel elle s'inscrit. L'exploration de l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention, menée au concours d'une démarche interprétative non-prescriptive empruntant aux règles d'interprétation dont dispose la CVDT incite, d'une part, à considérer les « circonstances de conclusion » du traité. De celles-ci participe immédiatement la Déclaration de 1959 dont la Convention est explicitement inspirée. Entre ces deux instruments, d'autre part, s'opère un glissement sémantique dans l'énoncé de l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe de la Déclaration de 1959 puis comme droit formalisé par la Convention de 1989. Significatif à maints égards, ce glissement sémantique engage à interroger les ancrages historiques et conceptuels de cet « intérêt supérieur de l'enfant » qu'il concerne autant qu'il semble devoir informer la compréhension de l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention. Aussi, cette étude s'essaie-t-elle à esquisser une compréhension de l'émergence de l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe de protection de l'enfance puis comme droit de l'enfant. Elle propose, ainsi, *une* histoire de la protection de l'enfance au vingtième siècle de laquelle est envisagé que puisse se distinguer quelque compréhension des trajectoires sémantique, conceptuelle et normative de l'émergence d'un droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur constituer une considération primordiale de toute décision le concernant. De *cette* histoire, il importe cependant de rappeler qu'elle s'inscrit dans une démarche interprétative exploratoire intéressant la compréhension de l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention. Aussi, est-ce à l'aune de la démarche entreprise par cette étude que nous semble devoir être considérée l'exploration des ancrages historiques et conceptuels de l'intérêt supérieur de

l'enfant tant comme principe de protection de l'enfance que comme droit. Celle d'une démarche initiée depuis le champ des sciences juridiques, inscrite dans une compréhension du droit international engageant à une approche interdisciplinaire, mais dont l'objet d'étude – l'indétermination de l'article 3(1) – autant que les intentions disposent de ses paramètres et limites méthodologiques. Aussi, sera proposée par cette étude *une* histoire, nécessairement partielle, de la protection de l'enfance au vingtième siècle devant informer la compréhension de l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention plutôt que décliner quelques réflexions intéressant les rôle et importance d'une approche historique du droit international⁶³. La démarche interprétative exploratoire que propose cette étude, en ce qu'elle s'intéresse à l'indétermination de l'article 3(1), tend à circonscrire au strict cadre de la Convention le corpus normatif autant que doctrinal à partir duquel se déclinent ses réflexions et analyses. Aussi, à celles qui concerneront l'enfant, comme sujet du droit dont dispose l'article 3(1) ne s'attache pas l'ambition d'esquisser quelque compréhension de ce *qu'est* un enfant, laquelle requerrait des ressources, compétences et connaissances qui sont d'emblée exclues du champ dans lequel s'initie la présente étude. Informées par l'exploration de l'indétermination de l'article 3(1), les réflexions intéressant la compréhension de l'enfant seront ainsi situées dans les stricts paramètres de la Convention. Elles engageront ainsi à considérer l'enfant que concerne la Convention, que celle-ci distingue comme sujet des droits qu'elle décline autant que la compréhension de l'enfance qu'elle sous-tend et ses éventuelles déclinaisons dans le strict cadre, cependant, de la Convention.

L'exploration de l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention que propose cette étude se déclinera en trois chapitres distincts. Le premier chapitre situera la réflexion et l'exploration en amont de l'adoption de la Convention et interrogera le champ de la protection de l'enfance dans lequel elle s'inscrit. Aussi, ce premier chapitre proposera une histoire de la protection de l'enfance au vingtième siècle articulée autour de trois « moments » représentés, respectivement, par la Déclaration de Genève adoptée en 1924 sous l'égide de la Société des Nations (SDN), la Déclaration des droits de l'enfant adoptée en 1959 par l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) et, enfin, la Convention de 1989. Ceux-ci permettront de distinguer les considérations, les prismes par lesquels s'initie, au vingtième siècle, l'attention à l'enfance, à son secours, à sa protection puis à celle de ses droits. Et, ainsi, d'esquisser une compréhension de ce qui engage, en 1989, à l'adoption de la Convention. Le deuxième chapitre considèrera immédiatement l'indétermination de

⁶³ À cet égard, voir notamment : Mark Van Hoecke, « Le droit en contexte » (2013) 70 :1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 189-193; Richard A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline (1962-1987) » (1987) 100 Harv LR 761 ; Balkin, Jack M., « Interdisciplinarity as Colonization » (1996) Faculty Scholarship Series, Paper 266; Lise Binet, « Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit » (1991) 32 :2 Les Cahiers de droit, 439-456; Pierre Bourdieu, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique » (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales, 3-19.; Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques » (1988) 29 :1 Les Cahiers de droit, 91-120. Pauline C. Westerman, « Open or Autonomous : The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law » (2010).

l'article 3(1) de la Convention. D'abord située dans le corpus normatif duquel elle participe, l'indétermination de l'article 3(1) sera ensuite envisagée par le prisme de son élaboration et au bénéfice des travaux préparatoires de la Convention. En une troisième étape, l'indétermination de l'article 3(1) sera interrogée par ce qu'elle engage dans la mise en œuvre, la protection et la réalisation du droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur constituer une considération primordiale de toute décision le concernant. Aussi, le deuxième chapitre envisagera l'indétermination de l'article 3(1) dans les paramètres stricts de son *contexte* le plus immédiat et ce, en application des règles de l'interprétation du droit international dont dispose la CVDT et telles qu'entendues par la présente étude. Le troisième chapitre, enfin, proposera d'interroger la compréhension de l'enfant qu'intéresse la Convention. Et ce, au bénéfice de l'examen de l'indétermination de l'article 3(1) qu'aura mené le chapitre précédent. Dans le cadre strict de la Convention, et de l'acception ici allouée au contexte de l'article 3(1), il s'agira ainsi d'essayer de comprendre ce que raconte l'indétermination de celui-ci de cet enfant concerné par la Convention et qu'elle distingue comme sujet de droits.

CHAPITRE 1

DU SECOURS À L'ENFANCE AUX DROITS DE L'ENFANT : BRÈVE HISTOIRE DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE

Introduction

En novembre 2019, la communauté internationale célébrait le trentième anniversaire de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁶⁴. L'occasion tout indiquée d'en souligner le succès – en termes de ratifications, notamment – et l'apport à la protection de l'enfance que constitue la reconnaissance des droits de l'enfant. L'occasion, également, de relever la relative jeunesse de cet instrument de protection des droits humains⁶⁵. Un constat qui pourrait laisser penser que la protection de l'enfance relève d'un phénomène récent du droit international. À cette présomption, un bref examen de l'histoire du droit international oppose le rappel du premier acte intéressant la protection des droits humains adopté par la communauté internationale alors réunie par la Société des Nations (SDN) : la Déclaration des droits de l'enfant adoptée à Genève en 1924⁶⁶. Aussi marginal soit-il, l'intérêt pour la protection de l'enfance jalonne l'histoire du vingtième siècle. Il intervient et se déploie en filigrane de l'histoire des relations internationales et du droit international. À maints égards, il en témoigne également. C'est à cette histoire de la protection de l'enfance qu'entend s'intéresser le présent chapitre. Comment, et pour quelles raisons, s'intéresse-t-on à l'enfant au vingtième siècle ? De quelles compréhensions de l'enfance cet intérêt procède-t-il ? Que représente, dans cette histoire de la protection de l'enfance, l'adoption d'une convention dédiée aux droits de l'enfant en 1989 ? Quels changements, le cas échéant, formalise-t-elle ? S'intéresser aux droits de l'enfant et, particulièrement, au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant formalisé par l'article 3(1) de la Convention de 1989 nous semble exiger d'interroger l'histoire dans laquelle ils s'inscrivent. Aussi s'agira-t-il ici de proposer *une* histoire, nécessairement lacunaire, de la protection de l'enfant au vingtième siècle. Articulée autour des trois instruments internationaux dédiés à la protection de l'enfance que sont les Déclaration de Genève de 1924, Déclaration des droits de l'enfant de 1959 et Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, cette histoire propose d'interroger le(s) rapport(s) à l'enfance desquels procèdent leurs adoptions. En trois « moments » il s'agira ainsi d'essayer de comprendre l'émergence, au vingtième siècle, de l'enfant

⁶⁴ CDE, *supra* note 24.

⁶⁵ À titre de comparaison, était célébré en 2018 le soixante-dixième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH). *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3ème sess, supp n°13., Doc NU A/810 (1948) 71 [DUDH].

⁶⁶ *Déclaration de Genève*, *supra* note 62.

comme sujet incomplet du droit international. Aussi verrons-nous qu'elle participe de l'entrelacement de trois trajectoires : conceptuelle, normative et sémantique.

En 1924, la Déclaration de Genève fait du secours à l'enfance un impératif moral de la communauté internationale (section 1). Autour de la figure de l'enfant victime se déploie une rhétorique de la neutralité qu'emporte l'engagement envers le secours à l'enfance. Et s'il est essentiellement question de la survie de l'enfant et de ses besoins fondamentaux dans la Déclaration de Genève, en arrière-plan de son adoption s'initie une considération de l'enfant au prisme de son développement. En 1959, c'est précisément autour de la notion de développement que s'articule la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Organisation des Nations Unies (ONU) (section 2). Les premières années d'activités de l'ONU et, particulièrement, dans les programmes de réhabilitation mis en place après la Seconde guerre mondiale mettent en exergue l'importance d'une compréhension globale du développement de l'enfant. Distingué par sa vulnérabilité, l'enfant est reconnu comme titulaire de droits et, au premier chef, d'un droit à une protection spéciale. Celle-ci participe directement des conditions nécessaires au développement de l'enfant, lequel exige notamment un droit à l'éducation. Aux côtés de la famille, l'éducation devient alors une considération majeure de la protection de l'enfance et contribue à l'introduction, en droit international, de la notion d'intérêt de l'enfant. En 1989, la Convention relative aux droits de l'enfant adjoint à la protection de l'enfance celle de ses droits (section 3). Dans le sillage de la spécialisation progressive du droit international des droits humains, l'enfant est distingué comme devant bénéficier d'une protection particulière. La Convention lui reconnaît néanmoins un corpus de droits – incluant celui à une protection spéciale – ainsi que la capacité de les exercer que formalise l'introduction d'un droit de l'enfant à la participation. Cette double reconnaissance est notamment formalisée par l'article 3(1) de la Convention, énonçant le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit « une considération primordiale » de toute décision le concernant. À l'intérêt supérieur de l'enfant s'attache dès lors les qualités de droit et de principe interprétatif fondamental des droits reconnus aux enfants. Entre 1924 et 1989 s'opèrent ainsi, en trois « moments », l'émergence de l'enfant comme sujet de droits et du droit international.

Section 1 Du secours à l'enfance comme impératif moral : la Déclaration de Genève (1924)

En 1924, la Société des Nations adopte à l'unanimité un premier instrument dédié à la protection de l'enfant : la Déclaration de Genève⁶⁷. Ce premier « moment » de l'histoire de la protection de l'enfance au vingtième siècle s'articule autour de la figure de l'enfant victime et associe son « secours » à un impératif moral. En marge de la création de la Société des Nations, l'enfance émerge comme potentiel « outil de réconciliation »⁶⁸ et engage à une attention croissante dans le projet de paix universelle portée par cette nouvelle organisation⁶⁹. Une attention qui s'inscrit dans les importantes reconfigurations que connaît, après-guerre, le champ de la protection de l'enfance. Deux approches distinctes se voient ainsi placées en concurrence directe : l'approche dite « protectionnelle » qui dominait avant-guerre, et l'approche dite « humanitaire » qui se développe pendant la Première Guerre mondiale (1.1). Articulée autour d'une rhétorique de neutralité du secours à l'enfance, dans cette seconde approche – rapidement dominante – s'inscrit l'adoption de la Déclaration de Genève. Contemporaine à celle-ci, la création du Comité de protection de l'enfance de la SDN tend cependant à initier un glissement conceptuel du secours vers la protection de l'enfance (1.2).

1.1. Entre réforme et secours : cartographie de la protection de l'enfance dans l'entre-deux guerres

Dans l'entre-deux guerres, se distinguent du champ fragmenté de la protection de l'enfance deux approches que l'attention dont témoigne la SDN à l'égard de l'enfant comme potentiel de réconciliation – bien que marginale – tend à placer en concurrence immédiate. Issue des réseaux réformateurs d'avant-guerre, l'approche dite « protectionnelle » engage à considérer l'enfance par le prisme de ses besoins particuliers et

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Joëlle Droux, « La tectonique des causes humanitaires: concurrences et collaborations autour du Comité de protection de l'enfance de la Société des Nations (1880-1940) » (2012) 3:151 *Relations internationales* 77-90, à la p 81.

⁶⁹ Dominique Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations: The Declaration of Children's Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900-1924 » (1999) 7 *Int'l J Child Rts* 103-148, à la p 106; Joëlle Droux, « A League of its own? The League of Nations' Child Welfare Committee (1919-1936) and international monitoring of child welfare policies » dans Organisation des Nations Unies, dir, *The League of Nations' Work on Social Issues*, 2016 89, à la p 92.

de son développement (1.1.1). L'approche « humanitaire » qui émerge pendant la Première guerre mondiale, privilégie, quant à elle, le secours à l'enfance et l'engagement moral envers sa survie (1.1.2).

1.1.1. L'approche « protectionnelle » des réseaux d'avant-guerre

À l'instar du domaine de l'action sociale, en marge duquel il intervient, celui de la protection de l'enfance, porté par une variété d'acteurs – travailleurs sociaux, médecins, pédiatres, juristes, magistrats, etc. –, se développe d'abord de manière fragmentée, autour de champs de spécialisation, au sein de réseaux dédiés⁷⁰. En parallèle les uns des autres, émergent ainsi des réseaux spécialisés consacrés, notamment, à la lutte contre la prostitution, à l'éducation, à la petite enfance ou encore à l'enfance délinquante⁷¹. Outre des compositions similaires et l'appui des pouvoirs publics, ces réseaux ont en commun de s'inscrire dans un courant réformiste visant l'adaptation des corpus législatifs nationaux aux besoins des enfants⁷². Une approche qu'illustre particulièrement les réseaux dédiés aux réformes socio-pénales que Joëlle Droux dépeint, notamment, comme suit :

Ils défendent un ensemble de principes réformateurs fondés sur la conviction que l'enfant est un être à part, dont l'originalité réside essentiellement dans son éducatibilité, et dans les promesses de prévention qu'elle recèle. Ce critère représente le fondement de nouvelles lois civiles et pénales, accordant à l'État le droit d'intervenir dès que cette éducation est mise en danger, soit par le comportement de parents indignes, soit par les délits commis par les mineurs. Ces lois instaurent une protection spécifique aux enfants, le plus souvent sous forme de placements à visée (ré)éducative⁷³.

C'est au sein de ces réseaux que se manifeste à partir des années 1910 l'ambition d'une unification des mouvements transnationaux de protection de l'enfance⁷⁴. Ambition de laquelle procède, en 1913 à Bruxelles,

⁷⁰ Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 à la p 79.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² « The first signs of convergence began to appear at the beginning of the twentieth century, based on the scientifically supported conviction that children were a specific group of persons. Medical, pedagogical and psychological professionals, regrouped under the now-forgotten label of “pedology“, fought hard to establish the various facets of this specificity. They argued that unlike adults, children were not yet mature to fend for themselves, and thus required comprehensive care, based on a better understanding of their developing self, needs, behaviour and specific abilities. In this regard, an organisation grouping together various experts on children (educational, social, legal and medical) seemed desirable, in order to consolidate information and skills, as well as to assemble a multidisciplinary forum of expertise. The decision to create such an international organisation was made during an international congress in Brussels in 1913, but its implementation cut short by the outbreak of the Great War ». Voir : Droux, *supra* note 69 à la p 91.

⁷³ Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 4 à la p 80.

⁷⁴ Joëlle Droux, « L'internationalisation de la protection de l'enfance: acteurs, concurrences et projets transnationaux (1900-1925) » (2011) 3:52 *Critique internationale* 17-33, à la p 21.

la tenue d'un premier congrès international de la protection de l'enfance. Réunissant les représentants de trente-quatre États ainsi que les différents réseaux issus de la société civile dédiés à la protection de l'enfance, cet évènement répond à l'intention, devenue commune aux différents réseaux, de conjuguer et organiser efforts, expertises et partage d'expériences de cette « nébuleuse réformatrice »⁷⁵. En ce sens est ainsi créée l'Association internationale de protection de l'enfance (AIPE) et envisagé qu'elle soit dotée d'un organe permanent, l'Office international de protection de l'enfance⁷⁶. En sus de l'organisation des discussions et du partage d'informations est alors proposé que cet Office ait le mandat d'évaluer les pratiques de protection de l'enfance, d'élaborer enquêtes, statistiques et propositions de réformes et mesures spécifiques de protection de l'enfance⁷⁷. Compromise par la première guerre mondiale qui éclate l'année suivante, la création de cet Office n'aboutira jamais⁷⁸. Le congrès international qui en décida peut toutefois être considéré comme un marqueur de nouvelle forme d'internationalisation – en rupture avec le modèle diplomatique hérité du Concert de l'Europe – qui s'amorce dans les années 1910 notamment au sein du mouvement de protection de l'enfance⁷⁹. Cette évolution est à souligner tant sur le plan géographique, « puisque 13 pays d'Amérique latine y sont représentés, signe de l'attractivité des modèles occidentaux auprès des réformateurs sud-américains », que sur le plan des alliances entre réseaux qu'il favorise⁸⁰. Les réseaux de l'AIPE survivent au premier conflit mondial – au cours duquel leurs engagements se poursuivent – et réitèrent, dès 1920, leur engagement commun et le projet d'unification du mouvement initié en 1913⁸¹. Cette seconde étape vers l'unification du mouvement initiée avant-guerre doit cependant composer, en 1920, avec l'émergence de nouveaux réseaux de protection de l'enfance inscrits dans une approche dite « humanitaire ».

⁷⁵ Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 à la p 79.

⁷⁶ « La création d'une Association internationale de protection de l'enfance est décidée à Bruxelles en 1913, lors d'un congrès qui rassemble les représentants de ces réseaux et des délégués gouvernementaux, issus de plus de trente États. À travers son bureau permanent, l'association doit assumer des fonctions de conseil et d'expertise tant auprès des appareils d'État que du secteur philanthropique : centre mondial d'information et de recherches, elle pérenniserait et centraliserait les mécanismes circulatoires propres à ce champ ». *Ibid* à la p 80.

⁷⁷ Droux, « L'internationalisation de la protection de l'enfance », *supra* note 74 à la p 20.

⁷⁸ Joëlle Droux estime ainsi : « Cette première tentative d'internationalisation des réseaux de protection de l'enfance va cependant se solder par un échec : la guerre mondiale empêche en effet sa mise en place et ralentit les efforts de structuration internationale des mouvements de protection de l'enfance. Sans les faire disparaître cependant, puisque des actions humanitaires de secours aux enfants victimes de la guerre vont se déployer durant le conflit, préservant les liens transfrontaliers entre activistes philanthropes. Ainsi, dès 1920, le gouvernement belge convoque-t-il une conférence internationale dans le but de relancer le projet d'association élaboré avant la guerre ». Voir : Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 à la p 81.

⁷⁹ Droux, « L'internationalisation de la protection de l'enfance », *supra* note 74 à la p 22.

⁸⁰ *Ibid* à la p 21.

⁸¹ Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 à la p 81.

1.1.2. Les réseaux issus de la Première guerre mondiale : l'approche « humanitaire » et le secours à l'enfance

Dès le début de la guerre, un ensemble épars d'associations caritatives, d'organismes implantés localement et d'organisations dédiés au secours à l'enfance s'emploient à soutenir matériellement l'action des réseaux d'aide humanitaire. En marge de ceux-ci émerge un mouvement international de secours à l'enfance qui répond à l'exigence morale d'assurer secours et protection aux populations rendues particulièrement vulnérables par le conflit mondial. De celui-ci se distingue notamment l'organisation Save the Children (SCF) – créée à Londres en janvier 1919 par Dorothy Buxton – tant par son influence, rapidement acquise, dans le champ de la protection de l'enfance que par l'approche de celle-ci à laquelle elle engage et que traduit, également, sa propre histoire.

De son engagement envers la protection de l'enfance, de ses justifications, SCF tend à ne rendre compte que par l'idée qu'elle était nécessaire, imposée par le constat des effets de la guerre sur les enfants : « a natural and organic response to previously unprecedented suffering, and an expression of innate human sympathy for vulnerable children »⁸². En janvier 1919, cependant, Dorothy Buxton envisage l'aide humanitaire comme acte éminemment politique⁸³, comme potentiel de résistance face aux craintes que suscitaient alors les négociations de la Conférence de paix de Paris : « [b]y sending food behind the blockade, they felt that they were protesting against the punitive post-war politics of the Allied powers »⁸⁴. Et si elle engage effectivement son organisation dans le recueil de « dons afin de secourir les enfants affamés par le blocus allié »⁸⁵, les ambitions portées par Dorothy Buxton excèdent cependant la seule réponse matérielle à une situation d'urgence humanitaire :

[SCF]'s humanitarian activities were to be part of a broader political campaign: building a more equitable and peaceable international order⁸⁶. [...] Children, who were seen to attract the greatest amount of public sympathy, were the best vehicles with which to inspire this protest against the folly of Allied diplomacy. [SCF], in Buxton's earliest vision, was a consciousness-

⁸² Emily Baughan & Juliano Fiori, « Save the Children, the humanitarian project, and the politics of solidarity: reviving Dorothy Buxton's vision » (2015) 39:s2 Disasters s129-s145, à la p 131.

⁸³ *Ibid* à la p 139.

⁸⁴ *Ibid* aux pp 131-132. Et notamment des organismes *Fight the Famine Council* (FFC) et *Women's International League for Peace and Freedom* (WILPF). Voir: *Ibid* à la p 131.

⁸⁵ Droux, « L'internationalisation de la protection de l'enfance », *supra* note 74 à la p 23.

⁸⁶ Baughan & Fiori, « Save the Children, the humanitarian project, and the politics of solidarity », *supra* note 82 à la p 139. « As an internationalist, she regarded the fate of the European peasants and workers as intertwined — the prosperity of one nation had a direct bearing on its neighbours, and cooperation between autonomous nation-states was the best means to secure world peace. She was concerned for the marginalised and poor overseas, and she believed that their plight connected directly with the security of British workers at home. ».

raising device, and a gateway to more overtly political forms of popular engagement in foreign policy⁸⁷.

Dès le printemps 1919, Dorothy Buxton estime cependant que se revendiquer d'une telle approche pourrait nuire aux activités de SCF⁸⁸ et engage alors l'organisation dans une stratégie de « dépolitisation » devant lui assurer le soutien de l'opinion publique britannique⁸⁹. En avril 1919, elle dissocie ainsi SCF des organisations auxquelles elle était jusqu'alors explicitement associée⁹⁰ et réoriente son propos autour du seul « secours » à l'enfance et la « simple humanité » dont il relève⁹¹. Estimant que ses propres inclinations politiques pourraient également nuire à l'organisation⁹², Dorothy Buxton décide ensuite – en juin 1919 – de se retirer de sa direction au profit de sa sœur, Eglantyne Jebb⁹³, parachevant ainsi l'image neutre, impartiale et apolitique de l'organisation. D'abord pragmatique – il s'agissait initialement d'assurer le financement des activités de SCF – la neutralité envers laquelle Dorothy Buxton engage SCF devient rapidement stratégie politique à part entière, valeur centrale de l'image qu'elle souhaite façonner de l'organisation⁹⁴. Cette stratégie inhibera sa propre implication dans la création de l'organisation⁹⁵ : « [t]o create a compelling narrative, Jebb was lauded as a visionary, and Buxton made the decision that it would be better if she were remembered as the founder, with impartiality remembered as her inspired contribution to the Save the Children movement »⁹⁶.

La stratégie de « dépolitisation » s'avère fructueuse pour SCF. En plus de garantir les capacités matérielles à mener ses activités, elle lui permet de s'assurer le soutien d'autres organismes engagés dans le « projet humanitaire » – suivant une rhétorique similaire – et, particulièrement, de celui de la Ligue des sociétés de la Croix Rouge⁹⁷. Au bénéfice de ce dernier, SCF s'associe en 1920 à plusieurs comités aux mandats

⁸⁷ *Ibid.* « She hoped that, through their participation in the work of Save the Children, as donors or as recipients, the people of Europe would mobilise resistance and engage in a wider critique of the inequalities caused by elitist economic and foreign policies, and that they would ensure a lasting peace in Europe through the reconstruction of war-torn nations, rather than allowing economic instability to prevail. In this sense, the early work of Save the Children was envisaged as a direct challenge to established forms of economic and political power, mounted by the victims of war and the post-war settlement, and those who stood in solidarity with them ».

⁸⁸ *Ibid.* à la p 133.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.* à la p 132.

⁹¹ *Ibid.* à la p 133.

⁹² *Ibid.* à la p 132.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.* à la p 134.

⁹⁵ *Ibid.* à la p 131.

⁹⁶ *Ibid.* à la p 134 citant ; Dorothy Buxton & E Fuller, *The White Flame: The Story of Save the Children*, Londres, Weardale Press, 1931.

⁹⁷ Droux, « L'internationalisation de la protection de l'enfance », *supra* note 74 à la p 23; Baughan & Fiori, « Save the Children, the humanitarian project, and the politics of solidarity », *supra* note 82 à la p 131.

similaires pour créer l'Union internationale de secours à l'enfance (UISE)⁹⁸. Basée à Genève, au concours de sa proximité avec les réseaux philanthropiques et diplomatiques genevois, et de l'appui qu'elle reçoit d'une variété d'organismes politiques et religieux, l'UISE devient rapidement un acteur majeur du mouvement international dédié à l'aide humanitaire. Tandis que l'enfance est symboliquement associée, dans l'immédiat après-guerre, à la possibilité de réconciliation et, dans une plus large mesure, à celle de la paix entre les nations, la rhétorique de la neutralité, d'un engagement apolitique que déploie l'UISE autour de la figure de l'enfant victime, de l'impératif moral de protection et de secours trouve un écho particulier et accroît son influence sur la scène internationale.

1.2. La Déclaration de Genève

En septembre 1924, l'Assemblée générale de la Société des Nations adopte la Déclaration de Genève, dédiée à l'enfance et à son secours. Dans le sillage de la neutralité associée au secours à l'enfance par Save the Children et Eglantyne Jebb, la Déclaration de Genève dont elles sont à l'initiative dispose de la survie de l'enfant comme d'un impératif moral. Si elle n'engage autrement que symboliquement les États membres de la SDN, la Déclaration de Genève introduit néanmoins l'enfance comme considération de la coopération internationale (1.2.1). En parallèle, la création du Comité consultatif de protection de l'enfance (CPE) de la SDN – contemporaine à l'adoption de la Déclaration de Genève – opère de nouvelles reconfigurations du champ de la protection de l'enfance et initie un glissement du secours vers la protection de l'enfance, entre survie et développement (1.2.2).

1.2.1. *De la stratégie de la neutralité à la Déclaration de Genève*

Entre 1919 et 1924, l'engagement d'Eglantyne Jebb envers l'enfance se précise et se densifie. Si elle poursuit la stratégie de neutralité initiée en 1919 par sa sœur, Dorothy Buxton, elle considère cependant que

⁹⁸ Droux, « L'internationalisation de la protection de l'enfance », *supra* note 74 à la p 23.

la seule charité ne peut suffire à assurer les besoins fondamentaux des mineur.e.s⁹⁹ et engage une réflexion au sein de l'UISE sur les moyens à considérer pour assurer une protection plus conséquente que le seul secours aux mineur.e.s. En 1923, l'UISE adopte une Charte des droits de l'enfant, qu'Eglantyne Jebb tient alors à soumettre à l'attention de la SDN¹⁰⁰. Elle estime, en effet, que seule la coopération internationale peut permettre que soient assurés les besoins fondamentaux des enfants et, partant, qu'une déclaration ferme de la communauté internationale en ce sens est requise¹⁰¹. À cette ambition bénéficient, à l'automne 1924, des circonstances immédiatement favorables à l'UISE – particulièrement bien implantée dans les réseaux diplomatiques genevois¹⁰². Pour voir considérée la Charte des droits de l'enfant – désormais Déclaration des droits de l'enfant – par l'Assemblée générale de la SDN, Eglantyne Jebb peut ainsi compter sur l'appui de Giuseppe Motta, « grand ami » de l'UISE¹⁰³, et qui, en sa qualité de membre du Conseil fédéral de la Confédération helvétique, doit présider la cinquième Assemblée générale de la SDN¹⁰⁴. La présence de son beau-frère, Charles Buxton¹⁰⁵, au sein de la délégation britannique menée par le premier ministre Ramsay MacDonald dont il est un proche¹⁰⁶, lui assure, en outre, que la déclaration puisse être portée à l'attention des membres de la SDN à cette occasion¹⁰⁷. Ces circonstances couplées à la sobriété du texte permettent effectivement que la Déclaration des droits de l'enfant soit considérée puis adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale de la SDN le 28 septembre 1924.

Dans l'histoire de la protection de l'enfance, la Déclaration de Genève est encore envisagée comme un acte fondateur de ce qui deviendra le droit international des droits de l'enfant¹⁰⁸. Il convient, dès lors, de s'attarder à son contenu, à la compréhension de la protection de l'enfance qu'elle propose dans les termes suivants :

Par la présente Déclaration des droits de l'enfant, dite déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance.

⁹⁹ Eglantyne Jebb estime que « [r]eforms are long overdue [...] We must therefore abolish, as far as possible, the child suffering which leads to abnormality and dereliction, and this we can achieve to a far greater degree than we can perhaps imagine » Voir: Waltraut Kerber-Ganse, « Eglantyne Jebb – A Pioneer of the Convention on the Rights of the Child » (2015) 23:2 Int J Child Rights 272-282, à la p 276 citant; Eglantyne Jebb, *Save the Child! A Posthumous Essay*, Londres, The Weardale Press, 1929, à la p 20.

¹⁰⁰ Kerber-Ganse, *supra* note 99 à la p 277.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Droux, « L'internationalisation de la protection de l'enfance », *supra* note 74 à la p 26.

¹⁰³ Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 129.

¹⁰⁴ *Ibid* à la p 128.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid* à la p 129.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 103.

¹⁰⁸ Carmen Lavallée, *La protection internationale des droits de l'enfant: entre idéalisme et pragmatisme*, Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2015, à la p 32.

- I. L'enfant doit être mis en mesure de se développer de façon normale, matériellement et spirituellement ;
- II. L'enfant qui a faim doit être nourri ; l'enfant malade doit être soigné ; l'enfant arriéré doit être encouragé ; l'enfant dévoyé doit être ramené ; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus ;
- III. L'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse ;
- IV. L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation ;
- V. L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères¹⁰⁹.

Dans un libellé très court, la Déclaration de Genève engage à une protection minimale de l'enfance, articulée autour de la survie de l'enfant et, partant, de ses besoins les plus fondamentaux – tels que l'accès à l'alimentation, aux soins de santé, la protection contre l'exploitation, etc¹¹⁰. Cette protection, cet engagement envers la survie de l'enfant incombe, en 1924, à l'« humanité » toute entière¹¹¹. Elle relève d'un engagement moral, d'un devoir des adultes à l'égard de l'enfance. C'est précisément la reconnaissance de cette responsabilité envers l'enfance que recherche Eglantyne Jebb dans l'adoption par la SDN des principes de la Déclaration de Genève¹¹². Aussi, celle-ci n'emporte-t-elle aucune obligation positive pour les États et ne dispose que d'un engagement symbolique, relevant d'une exigence morale, envers protection de l'enfance dont les modalités de mise en œuvre sont délibérément laissées à la discrétion des États membres de la SDN¹¹³.

¹⁰⁹ Dans sa version anglaise, la *Déclaration de Genève* se lit comme suit :

By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as the Declaration of Geneva, men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed:

- I. The child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually;
- II. The child that is hungry must be fed; the child that is sick must be helped; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succored;
- III. The child must be the first to receive relief in times of distress;
- IV. The child must be put in a position to earn a livelihood and must be protected against every form of exploitation;
- V. The child must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of its fellow men

Déclaration de Genève, *supra* note 62; pour la version anglaise du texte, voir : Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights OHCHR, *Legislative History of the UN Convention on the Rights of the Child*, United Nations, 2007, à la p 3.

¹¹⁰ *Déclaration de Genève*, *supra* note 62, principe II.

¹¹¹ *Ibid*, préambule.

¹¹² « She qualified the message of the Declaration as a call for a minimum of protection for children, formulated with strong words, which would put moral pressure on governments to provide this minimum without hesitation and doubt. 'The truth surely is that their practicability depends on the sincerity with which we accept their justice and truth' » Kerber-Ganse, *supra* note 99 à la p 277 citant; Jebb, *supra* note 99 à la p 43.

¹¹³ Kerber-Ganse, *supra* note 99 à la p 277.

Si la survie et le secours sont au cœur de la Déclaration de Genève¹¹⁴, il importe cependant de souligner la mention, dès le premier principe, du développement – matériel et spirituel – de l'enfant. Par cette inclusion, la Déclaration de Genève semble établir un lien – bien que ténu – entre le développement de l'enfant et son « bien-être »¹¹⁵. Les principes énoncés semblent, en outre, suggérer que l'enfant puisse être considéré « comme un détenteur potentiel de droits »¹¹⁶, nécessairement distincts de ceux des adultes¹¹⁷ et dont la protection dépend exclusivement de ces derniers. La Déclaration de Genève n'envisage absolument pas la possibilité que l'enfant puisse exercer de manière autonome des droits dont il serait titulaire. Enfin, le dernier principe, semble faire écho au potentiel associé, dès 1919, à l'enfance dans le projet de paix universelle que porte le SDN¹¹⁸.

1.2.2. *Du secours à l'enfance comme impératif moral à la considération du « bien-être » : la création du Comité consultatif de protection de l'enfance (CPE) de la SDN en marge de la Déclaration de Genève*

Tenant plus de l'engagement symbolique que d'une reconnaissance de droits, la Déclaration de Genève est éminemment marquée par son contexte d'adoption¹¹⁹. Le secours à l'enfance y est une exigence morale, un acte de « simple humanité » dénué de portée politique. Elle importe, cependant, en ce qu'elle introduit de manière visible et pérenne la protection de l'enfance comme considération à part entière de la communauté internationale réunie par la SDN¹²⁰. Au concours de la création – contemporaine de l'adoption de la Déclaration de Genève – du Comité consultatif de protection de l'enfance (CPE)¹²¹, la SDN semble ainsi compléter ce qu'initiait, bien que de manière limitée, le Traité de Versailles¹²². Aussi, Dominique Marshall estime que :

¹¹⁴ Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 134.

« The immediate circumstances of the Declaration of Geneva referred mainly to the fate of children affected by the war. The Declaration remained closely linked to the experience of war, as the third principle stated the primacy of help to children: "The child must be the first to receive relief in times of distress. »

¹¹⁵ Lavallée, *supra* note 108 à la p 31.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 92.

¹¹⁹ *Ibid* à la p 138.

¹²⁰ Droux, *supra* note 69 à la p 99.

¹²¹ Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 138; Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 à la p 78.

¹²² Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 106; Friederike Kind-Kovács & Machteld Venken, « Childhood in Times of Political Transformation in the 20th Century: an introduction » (2021) J Mod Eur Hist 1-11, à la p 6.

Many traditions that came together in Geneva, in 1924, to make the Child Welfare Committee of the League of Nations and the Declaration of the Rights of the Child possible were older than the war. The conflict and its aftermath, however, provoked new circumstances which gave greater relevance to certain features of these traditions. The particular vulnerability of children in armed conflicts and famines enhanced the idea of the specific nature of the child; the devastation of the war gave new credence to the child in distress as the symbol of the problems of social life; equality of all children in front of disasters added a new legitimacy to the idea of social action devoted to all children rather than only to delinquents or orphans. The responsibility of nation states in the creation and the conduct of conflicts pointed at their governments' ability to intervene in the name of their youngsters. Finally, the movements of public opinion towards the rescue of child victims of calamities attracted the attention to the close relation between the instant support of large numbers of citizens and the possibilities of expanding institutions devoted to child welfare¹²³.

Placé sous l'autorité du Secrétariat de la section des Questions sociales de la SDN¹²⁴, le CPE est envisagé comme l'organe permanent de l'organisation dédié à coordonner les efforts envers la protection de l'enfance¹²⁵. En cela, l'ambition qui s'y attache est assez proche de celle qui sous-tendait le projet d'Office international de protection de l'enfance en 1913¹²⁶. À l'instar de celui-ci, le CPE est envisagé comme un espace de coopération internationale, impliquant autant les acteurs de la société civile que les gouvernements des membres de la SDN¹²⁷. Dans le champ de la protection de l'enfance, il mène directement – et ce, dès sa création – à ce que les réseaux « protectionnels » (AIPE) et « humanitaires » (UISE) jusqu'alors concurrents s'engagent dans un projet commun et coopèrent – jusqu'à s'allier en 1925 par la création l'Union internationale de protection de l'enfance (UIPE)¹²⁸. Sans inhiber la spécialisation du champ de la protection de l'enfance, la création du CPE opère cependant une convergence de ses modes d'intervention¹²⁹. Aux côtés de l'OIT – qui se charge dès 1919 des enfants travailleurs et de leur protection – et de l'Organisation d'hygiène de la SDN, le CPE – dominé par les réseaux de l'UISE¹³⁰ – voit ainsi ses activités et compétences orientées vers le terrain « juridique et moral, à propos duquel il a mandat de préparer les décisions des instances dirigeantes de la SDN, en évaluant quels types de dispositifs celles-ci

¹²³ Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 146.

¹²⁴ Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 à la p 85.

¹²⁵ *Ibid* à la p 78.

¹²⁶ *Ibid* à la p 82.

¹²⁷ À cet égard, Joëlle Droux estime que : « The critical issue here was the degree to which international networks could pretend to create a league of their own, establishing themselves as equal partners of sovereign states by virtue of their position as representatives of international civil society within the League. Putting on the CWC's agenda issues that were the very ones upon which pre-war international networks and associations had built their expertise these networks posed a direct threat to the independence of national governments. In fact, CWC members sought to reform the governance of youth policies: firstly, by collectively creating standards which defined childhood as a function of children's abilities and needs; and secondly, by using their position to pressure states to bring their legislation and duties (whether protective, educational or assistance-related) in line with the newly established children's rights they had defined ». Droux, *supra* note 69 à la p 98.

¹²⁸ *Ibid* aux pp 98-99.

¹²⁹ Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 146.

¹³⁰ Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 aux pp 85-86.

peuvent recommander aux États membres »¹³¹. Il devient alors centre d'information et de recherche – mandats jusqu'alors portés par l'AIPE¹³² – et tend progressivement à se distinguer comme « agence productrice de normes potentiellement universelles »¹³³. Joëlle Droux estime que le CPE

created a set of social and judicial standards based on a multidisciplinary approach to childhood. The first step was clearly to designate certain categories of children as priorities for state protection. Blind children, for example, were jointly designated as a target of the CWC's attention by several members leading to a variety of resolutions that advocated for co-educational programs with sighted children, social protection as well as social integration through leisure activities¹³⁴. [...] One by one, the Committee launched studies on the age of marriage for girls, delinquent children, children in placement, migrant children, and illegitimate children¹³⁵.

En distinguant certaines catégories d'enfants et en mettant en exergue leurs besoins spécifiques, les travaux du CPE initient ainsi une approche différenciée de la protection de l'enfance. D'abord parce qu'elle développe des activités de plaidoyer auprès des États membres de la SDN mais aussi par sa contribution avec les autres acteurs du champ de la protection de l'enfance – et, notamment, l'OIT¹³⁶. Au sein de la SDN, et en dépit de ressources limitées, le CPE contribue à ce que la protection de l'enfance soit immédiatement considérée par la section des Questions sociales de 1926 à 1937¹³⁷. Et si la seule création du CPE par la SDN traduit une « reconnaissance internationale accordée à une cause perçue comme prioritaire : la protection des enfants et de la jeunesse »¹³⁸, ses activités intéressent immédiatement le champ de la protection de l'enfance par les reconfigurations qu'elles engagent. Contribuant à unifier les modes d'intervention en joignant expertise, mandats réformateurs et action humanitaire, la création du CPE tend à opérer un glissement vers une compréhension plus globale de la protection de l'enfance. En arrière-plan de la Déclaration de Genève – érigeant l'enfant en une figure à secourir autant que sa survie en un impératif moral – les activités du CPE engagent ainsi à une approche distincte de protection de l'enfance, attentive aux besoins particuliers et au développement¹³⁹.

¹³¹ *Ibid* à la p 85.

¹³² *Ibid*.

¹³³ *Ibid*.

¹³⁴ Droux, *supra* note 69 à la p 98.

¹³⁵ *Ibid* à la p 99.

¹³⁶ À cet égard, Joëlle Droux estime que : « [t]he cause of children as a category entitled to state protection certainly benefited from the CWC's advocacy. In addition, the CWC was able to exert a less direct influence by pushing other organisations to tackle the same issues. Thus, by continuously maintaining specific labour issues on its agenda, the CWC contributed to getting them on the ILO's agenda as well. » *Ibid*.

¹³⁷ Droux, « La tectonique des causes humanitaires », *supra* note 68 à la p 88.

¹³⁸ *Ibid* à la p 77.

¹³⁹ Droux, *supra* note 69 aux pp 98-99; Marshall, « The Construction of Children as an Object of International Relations », *supra* note 69 à la p 146.

Section 2 De l'exigence d'une protection spécifique : la Déclaration des droits de l'enfant (1959)

De l'histoire de la protection de l'enfance en droit international se distingue un deuxième « moment », articulé autour de la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par les Nations Unies le 20 novembre 1959. Celle-ci traduit le changement d'approche qui s'opère dans le champ de la protection de l'enfance après-guerre – et qu'initiait déjà le CPE – et engage, notamment, une réflexion sur le développement global de l'enfant et la place qu'y tient l'éducation. Un changement d'approche qu'insistent, notamment, l'engagement de l'ONU, dès sa création, sur le terrain de l'aide humanitaire et des programmes dédiés de l'immédiat après-guerre ainsi que les travaux de l'OIT concernant le travail des enfants (2.1). Contemporains aux premières années d'existence de l'ONU et à son engagement envers la protection des droits humains – initié par l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948 – ils favorisent l'émergence d'une attention spécifique à la protection de l'enfant et de ses droits (2.2).

2.1. L'ONU et les droits de l'enfant

Dans l'immédiat après-guerre, les activités de l'ONU – et, notamment, de l'OIT et au sein de l'Administration des Nations Unies pour la reconstruction et la réhabilitation (UNRRA) – intéressent à plusieurs égards le champ de la protection de l'enfance. Initié dès sa création en 1919, l'engagement de l'OIT en faveur de la suppression du travail des enfants se voit réitéré en 1945 par l'adoption de la *Charte mondiale de protection de la jeunesse*. Par le prisme du travail des enfants, l'OIT engage à une compréhension globale du développement de l'enfant et de sa protection, exigeant que soient considérées ses conditions d'existence et, en particulier, son accès à l'éducation (2.1.1). Sur le terrain de l'aide humanitaire, cette approche se manifeste particulièrement dans les activités de l'UNRRA auprès des enfants déplacés et non-accompagnés. Elle se traduit notamment par l'émergence, dans la pratique des agents de l'UNRRA, de la notion d'intérêt de l'enfant (2.1.2).

2.1.1. La protection de l'enfance par le prisme du travail des enfants

En octobre 1945, l'OIT adopte un corpus de sept résolutions composant la *Charte mondiale pour la protection de la jeunesse*. Dans le sillage des instruments adoptés antérieurement¹⁴⁰, l'OIT réitère l'ambition de suppression du travail des enfants au titre de ses objectifs principaux¹⁴¹ – par ailleurs distinguée comme telle dès la création de l'OIT en 1919¹⁴². Aux termes de l'OIT, la suppression du travail des enfants se justifie par l'apport sociétal, à long terme, qu'elle représente et vise ainsi à assurer que les enfants deviennent des « membres utiles de la société »¹⁴³. Aussi, est-il estimé que favoriser le « plein développement [de l'enfant] et l'éclosion de ses talents et aptitudes »¹⁴⁴ permettrait de le préparer à « une activité utile »¹⁴⁵, à « sa tâche future de travailleur et de citoyen »¹⁴⁶. Une ambition qui exige, dès lors, que l'enfant ait la possibilité de pleinement se développer – tant physiquement, intellectuellement que moralement¹⁴⁷ – et engage ainsi à ce que soit considéré son accès à l'éducation. Lequel est immédiatement associé à l'ambition

¹⁴⁰ Et, notamment, la *Déclaration de Philadelphie* de 1944. Voir : *Déclaration de concernant les buts et objectifs de l'OIT*, Conférence internationale du Travail, 26ème sess, Philadelphie, 10 mai 1944, Doc off OIT.

¹⁴¹ Lavallée, *supra* note 108 à la p 272; *Résolution concernant la protection des enfants et des jeunes travailleurs*, Res no 8, Conférence internationale du Travail, 27ème sess, Paris, 1945, Doc off OIT, préambule, al.2, et art 4. Préambule, al.2 : « Considérant que l'article 41 de la Constitution déclare d'une importance particulièrement urgente « la suppression du travail des enfants et l'obligation d'apporter au travail des jeunes gens des deux sexes les limitations nécessaires pour leur permettre de continuer leur éducation et d'assurer leur développement physique » et Art.4 : « 4. La Conférence affirme son intérêt profond pour la mise en œuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à réaliser la complète suppression du travail des enfants en plaçant tout enfant dans des conditions qui assurent son existence et qui favorisent son plein développement et l'éclosion de ses talents et aptitudes pour sa tâche future de travailleur et de citoyen. »

¹⁴² Aussi, le Traité de Versailles, parmi les principes énoncés en son article 427 distinguait : « La suppression du travail des enfants et l'obligation d'apporter au travail des jeunes gens des deux sexes les limitations nécessaires pour leur permettre de continuer leur éducation et d'assurer leur développement physique ». Voir : Traité de Versailles (1919), Partie XIII, Annexe, Section II : Principes généraux, art. 427 (6). En ligne : <https://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>.

La Constitution de l'OIT, dès son préambule réitère également la « protection des enfants, des adolescents et des femmes » au titre des priorités de l'organisation. Voir : Constitution de l'OIT, préambule, paragraphe 2, se lisant comme suit : « Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions: par exemple, en ce qui concerne la réglementation des heures de travail, la fixation d'une durée maximum de la journée et de la semaine de travail, le recrutement de la main-d'œuvre, la lutte contre le chômage, la garantie d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables, la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail, la protection des enfants, des adolescents et des femmes, les pensions de vieillesse et d'invalidité, la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger, l'affirmation du principe «à travail égal, salaire égal», l'affirmation du principe de la liberté syndicale, l'organisation de l'enseignement professionnel et technique et autres mesures analogues »

¹⁴³ *Résolution concernant la protection des enfants et des jeunes travailleurs*, *supra* note 141, préambule, al.4.

¹⁴⁴ *Ibid*, art 4.

¹⁴⁵ *Ibid*, préambule, al 4 et art 6(f).

¹⁴⁶ *Ibid*, arts 1 et 4.

¹⁴⁷ *Ibid*, art 1.

de suppression du travail des enfants par l'OIT, jalonne le corpus d'instruments adoptés à cet égard dès 1919 – et, relatifs à l'âge minimum d'admissibilité des enfants à l'emploi – et dont l'exigence de considération est réitérée par la Charte mondiale de 1945.

Le corpus décliné par cette Charte mondiale engage ainsi à l'adoption d'une série de mesures spécifiques intéressant tant l'encadrement du travail des enfants que les conditions favorables à sa suppression. L'OIT enjoint les États à adhérer aux différentes conventions intéressantes l'âge minimum d'admission à l'emploi¹⁴⁸ – tout en les incitant à s'engager vers l'élévation graduelle de l'âge minimum d'admission au travail jusqu'à seize ans – ainsi qu'à l'adoption d'une série de réglementations visant les modalités spécifiques d'emploi des enfants. Adaptées aux différents domaines d'emploi, celles-ci concernent l'évaluation et surveillance régulières des conséquences du travail des enfants sur leur santé et leur bien-être – par l'entremise d'examens médicaux, notamment – ou encore l'encadrement des conditions d'admissibilité à l'emploi – incluant la vérification de l'âge de l'enfant par certificat de naissance¹⁴⁹. L'OIT enjoint également les États à favoriser la mise en place de conditions matérielles et sociales propices à la suppression du travail des enfants. Celles-ci incluent, notamment, des mesures « destinées à assurer le plein emploi »¹⁵⁰, « l'établissement d'un salaire vital pour tous les travailleurs »¹⁵¹, des prestations sociales favorisant l'accès au logement¹⁵², le soutien économique aux familles¹⁵³ – incluant des allocations de maternité¹⁵⁴ –, un accès généralisé aux soins de santé¹⁵⁵ mais aussi l'amélioration des infrastructures urbaines – et notamment des services de transports en commun¹⁵⁶ – et, nécessairement, celle du système d'éducation et de son accessibilité¹⁵⁷. Aux termes de l'OIT, l'éducation devrait ainsi être « universellement accessible » tant sur le plan matériel – ce qui implique alors de bonifier les réseaux de transport en commun, de multiplier les infrastructures éducatives, etc.¹⁵⁸ – que sur le plan économique, par la gratuité de l'enseignement général notamment. L'accessibilité de l'éducation exige également que soient considérés les besoins particuliers des enfants¹⁵⁹, tant comme catégorie spécifique devant bénéficier d'une protection particulière que par la considération de la situation individuelle de l'enfant concerné – et ainsi les besoins spécifiques associés à

¹⁴⁸ *Ibid.*, art 18. Fixé à quatorze et quinze ans, selon les domaines d'emploi.

¹⁴⁹ *Ibid.*, art 19(6) au para a].

¹⁵⁰ *Ibid.*, art 5 au para a].

¹⁵¹ *Ibid.*, art 5 au para b].

¹⁵² *Ibid.*, art 5 au para c].

¹⁵³ *Ibid.*, art 5 au para d].

¹⁵⁴ *Ibid.*, art 5 au para d], al i).

¹⁵⁵ *Ibid.*, art 6.

¹⁵⁶ *Ibid.*, art 10 au para a], al ii).

¹⁵⁷ *Ibid.*, art 10 au para a].

¹⁵⁸ *Ibid.*, art 10 au para a].

¹⁵⁹ *Ibid.*, art 10.

des conditions de santé particulières, au handicap physique ou mental¹⁶⁰, ou encore aux situations économiques et sociales de l'enfant¹⁶¹.

Les dispositions que décline la Charte mondiale associent ainsi la suppression du travail des enfants au développement de l'enfant – tant physique que psychologique¹⁶². L'OIT établit un lien explicite entre l'encadrement du travail des enfants, l'accès à l'éducation, le développement et le bien-être des enfants¹⁶³. En considérant conjointement, aux fins de la suppression du travail des enfants, les conditions économiques et sociales d'existence et les responsabilités des États à cet égard, l'OIT semble exclure que la protection de l'enfance puisse être envisagée isolément de celles-ci. À l'inverse, l'OIT semble considérer leur qualité comme exigence de la suppression du travail des enfants et des conditions favorables à leur développement complet, lequel est immédiatement associé par l'OIT à l'éducation¹⁶⁴. En cela, l'OIT semble s'engager dans une approche globale de la protection de l'enfance, considérant non seulement la survie de l'enfant, son bien-être et développement mais aussi les besoins spécifiques de protection qu'emportent tant l'enfance elle-même que les circonstances particulières – et notamment en matière de santé. L'engagement de l'OIT envers les programmes de reconstruction et de réhabilitation d'après-guerre¹⁶⁵ autant que la *Charte mondiale* dans laquelle sont considérés les effets particuliers de la guerre sur le développement psychologique des enfants – et notamment déplacés – témoignent de cette approche globale de protection de l'enfance¹⁶⁶. Aussi, l'OIT estime que la « complète restauration de toutes les institutions éducatives et sociales » devrait constituer une priorité de ces programmes de réhabilitation¹⁶⁷ et accorde une attention

¹⁶⁰ *Ibid*, art 10 au para b], al iii).

¹⁶¹ *Ibid*, art 10 au para b], al i) et ii].

¹⁶² *Ibid*, art 18, para b].

¹⁶³ Ainsi, l'article 19(5) prévoit, notamment, que l'emploi ne devrait pas entamer les possibilités de l'enfant de poursuivre avec assiduité son éducation, d'être assuré du temps nécessaire à sa récréation et son repos.

¹⁶⁴ *Résolution concernant la protection des enfants et des jeunes travailleurs*, *supra* note 141, chapitre III, arts 7-17.

¹⁶⁵ Et notamment par l'adoption de la *Résolution concernant la jeunesse des pays libérés*. Voir: *Résolution concernant la jeunesse des pays libérés*, Res no 9, Conférence internationale du Travail, 27ème sess, Paris, 1945, Doc off OIT, préambule.

¹⁶⁶ *Ibid*, préambule, al 3, se lisant comme suit: « Considérant que, sous l'oppression de l'ennemi, des millions d'enfants ont perdu la vie et que pour des millions d'autres l'avenir est gravement compromis car, dans chacun des pays occupés, d'innombrables enfants et jeunes gens ont souffert de la sous-alimentation et de l'abandon, de la perte de leurs parents, amis et foyers, des horreurs des camps de concentration et de l'esclavage des camps de travail, de l'absence complète de toute possibilité d'instruction, d'éducation et de développement culturel quelconque, ou même, déportés hors de leur pays, ont perdu leur nationalité, voire leur identité ». Voir également, *ibid*, art 4, se lisant comme suit: « Pour les enfants et adolescents « déplacés » qui se trouvent actuellement privés de leur foyer ou de leur nationalité, ou qui sont orphelins ou séparés de leur famille, des mesures, selon le cas, d'enregistrement, d'identification, de recherche des familles et de rapatriement, sont de la première importance ; la Conférence espère que les Membres donneront toute l'assistance possible, par des mesures d'ordre national et international, pour que ces enfants et adolescents obtiennent les soins dont ils ont besoin et que les problèmes relatifs à leur nationalité soient réglés dans un esprit de générosité et de la façon la plus satisfaisante pour leur avenir ».

¹⁶⁷ *Résolution concernant la jeunesse des pays libérés*, *supra* note 165, art 3, se lisant comme suit: « La Conférence, sachant que d'autres organisations internationales font des efforts pour aider, dans la limite de leurs ressources, les

particulière à l'accès à l'éducation des enfants déplacés et, notamment, en ce qu'il intéresse directement leur « développement culturel »¹⁶⁸ et relève l'importance que recouvrent à cet égard les procédures d'enregistrement et d'identification des enfants¹⁶⁹.

2.1.2. *Réhabilitation, reconstruction, rapatriement : l'émergence du concept d'intérêt de l'enfant en marge des activités de l'UNRRA*

Dans l'immédiat après-guerre, les programmes de réhabilitation et de reconstruction que mènent conjointement l'ONU et l'UNRRA¹⁷⁰ intéressent les questions de nationalité et de souveraineté étatique¹⁷¹. Envisagées comme potentiel de « repopulation » et ainsi de reconstruction, les personnes déplacées, incluant les enfants, sont immédiatement considérées et concernées par les activités de l'UNRRA¹⁷². Aussi, le rapatriement des personnes déplacées est-il distingué comme priorité de celles-ci, la réinstallation dans un pays tiers ne devant intervenir que lorsque le retour sur le territoire national n'est pas possible¹⁷³. Dans le cas des enfants déplacés, cette priorité coexiste avec celle de la réunification familiale, laquelle doit être privilégiée sur le placement en institutions d'accueil. Parce qu'ils attachent une dimension psychologique à la réhabilitation¹⁷⁴, les programmes menés par l'UNRRA considèrent ainsi l'importance des liens familiaux dans le développement global de l'enfant que mettent en exergue les études menées dans les champs de la

pays libérés à restaurer leurs moyens d'éducation, exprime l'espoir qu'une assistance semblable continuera à être accordée à ces pays pour la complète restauration de toutes les institutions éducatives et sociales qui servent les intérêts de l'enfance et de la jeunesse, de telle sorte que les pertes subies dans ces domaines soient promptement comblées et que la jeunesse de ces pays recouvre rapidement les conditions favorables à sa formation professionnelle et à son plein développement culturel ».

¹⁶⁸ *Ibid*, art 3.

¹⁶⁹ L'importance de l'identité est également mentionnée en préambule de la *Résolution concernant la jeunesse des pays libérés*. Celles-ci sont également évoquées dans la *Résolution concernant la protection des enfants et des jeunes travailleurs* en lien avec la réglementation proposée des conditions d'accès des enfants à l'emploi. Voir : *Ibid*, préambule, al 3; *Résolution concernant la protection des enfants et des jeunes travailleurs*, *supra* note 141, art 6(a).

¹⁷⁰ Jessica Reinisch, « Internationalism in Relief: The Birth (and Death) of UNRRA » (2011) 210:Supplement 6 *Past & Present* 258-289; Jessica Reinisch, « 'We Shall Rebuild Anew a Powerful Nation': UNRRA, Internationalism and National Reconstruction in Poland » (2008) 43:3 *Journal of Contemporary History* 451-476.

¹⁷¹ Reinisch, « UNRRA, Internationalism and National Reconstruction in Poland », *supra* note 170 à la p 475.

¹⁷² Tara Zahra, « Lost Children: Displacement, Family, and Nation in Postwar Europe » (2009) 81:1 *The Journal of Modern History* 45-86, à la p 45.

¹⁷³ *Ibid*.

¹⁷⁴ Tara Zahra souligne, à cet égard : « The project of rehabilitating displaced children was not understood simply in terms of providing shelter and preventing starvation and disease, although these were formidable tasks. In a shift from earlier efforts, postwar humanitarian activists saw themselves as agents of individual psychological reconstruction and rehabilitation ». *Ibid* à la p 59.

psychanalyse, de la pédagogie ou de la pédiatrie¹⁷⁵. Aussi, les activités de l'UNRRA auprès des enfants déplacées engagent-elles à considérer conjointement l'importance de la famille dans le développement global de l'enfant et celle de la nation dans les politiques de réhabilitation ; la réunification familiale impliquant le rapatriement de l'enfant concerné constituant, dès lors, le scénario à privilégier¹⁷⁶. En sus de l'importance des liens familiaux est, en effet, considérée celle de la nation en ce qu'elle engage directement les droits sociaux et culturels des enfants¹⁷⁷. Aussi, Tara Zahra estime que :

This nationalizing agenda was consistent with the United Nations' own historically specific understandings of human rights and democracy, as well as with its pedagogical ideals. These ideals were officially articulated in 1948, when the UN Convention on the Prevention and Punishment of Genocide labeled "forcibly transferring children of one group to another group" enacted "with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such" as a form of genocide. [...] A year after the convention was signed, Vinita Lewis thus insisted, "Even if his future destiny lies in a country other than that of his origin, he [the displaced child] is entitled to the basic Human Right of full knowledge of his background and origin." Children, it seems, enjoyed (or endured) a "human right" to an ethnicity after World War II, even if they ultimately settled outside their country of origin. *Not coincidentally, family and nation were often viewed as interchangeable anchors of individual identity*¹⁷⁸.

Immédiatement associées à l'identité de l'enfant, à son développement, son bien-être et ses droits, nation et famille se trouvent ainsi considérées conjointement mais aussi comme notions interchangeables dans les activités de l'UNRRA auprès des enfants déplacés¹⁷⁹. Si la nation peut être appréhendée comme famille de

¹⁷⁵ Ainsi que le souligne Tara Zahra, « The family and the individual were also tightly linked in emerging theories of child development. Psychoanalysis in particular located the formation of the individual self in emotional relationships between parents and children. For the psychoanalytically informed social workers in UNRRA and the IRO in the late 1940s, the family seemed to be the sole institution capable of raising children to be healthy individuals. Finally, postwar pedagogical activists were also informed by a deeper liberal tradition, which positioned the family, in opposition to the state, as the bedrock of civil society, a private realm in which rational male citizens should be free to exercise their authority over their "irrational" dependents (women and children), unbridled by state interference. Restoring (male) sovereignty over the so-called private sphere was implicitly linked to the reconstruction of civil society and democracy itself in Europe. Humanitarian workers in Western Europe thus depicted strengthening the family as a means of cultivating individualism and as an antidote to the threat of fascism and Communism in postwar Europe. They depicted the family as an apolitical sanctuary that represented a postwar "return to normality". » *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ À cet égard, Olga Gnydiuk estime que : « The UNRRA's and IRO's welfare workers had always argued that biological families and a native cultural setting formed the best environment for a child's rehabilitation as well as the means for them to 'return to normalcy' and achieve the emotional security that they needed after the atrocities of war. They believed that rediscovering and preserving children's national and cultural identity was an integral element in their recovery and development. This implied that children without relatives, such as abandoned children born out of wedlock in Germany to foreign mothers, were at a minimum supposed to be returned to their national communities. » Voir: Olga Gnydiuk, « Defining the 'best interests' of children during the post-1945 transformations in Europe » (2021) 19:3 J Mod Eur Hist 292-306, à la p 297; voir également : Zahra, « Lost Children », *supra* note 172 à la p 67.

¹⁷⁸ Zahra, « Lost Children », *supra* note 172 à la p 45, nos italiques.

¹⁷⁹ À cet égard, Olga Gnydiuk estime : « Humanitarians saw the nation as a kind of fictitious family, different from one's biological family, but that in the case of orphaned children could serve as a substitute with the help of state institutions. In terms of intergovernmental relations between the occupying powers and other countries, such a position

substitution et réciproquement, les agents de l'UNRRA se trouvent toutefois confrontés à des situations qui excluent le regroupement familial et interrogent la pertinence du rapatriement¹⁸⁰ – et, particulièrement, lorsque la guerre a rendu ces enfants déplacés orphelins¹⁸¹. Aussi, dans la pratique de l'UNRRA auprès des enfants déplacés orphelins ou non-accompagnés émerge la notion d'intérêt de l'enfant¹⁸². Informée par les études sur le développement de l'enfant¹⁸³, cette notion engage ainsi à une considération globale de la situation de l'enfant concerné par la décision :

[i]t embraced countless objective and subjective arguments relating to the child's psychological, physical, and economic welfare; his or her safety; and prospects for education as well as prospects of a happy and/or normal childhood. However, because of its broad and elusive nature, the concept could have many interpretations¹⁸⁴.

Les possibilités de rapatriement, d'émigration, d'adoption ou encore de placement en institutions d'accueil, sont ainsi examinées et évaluées suivant ce qu'elles impliquent immédiatement pour l'enfant concerné¹⁸⁵. Aussi, les opinions de l'enfant lui-même sont immédiatement sollicitées et considérées par les agents de l'UNRRA¹⁸⁶. Dans leur pratique auprès des enfants déplacés est ainsi accordée une importance de premier ordre à la situation de l'enfant concerné, à son intérêt et aux conséquences des décisions qu'ils doivent prendre à leur égard¹⁸⁷. Aussi, l'usage de la notion d'« intérêt de l'enfant » en plaçant l'enfant au cœur des décisions semble traduire, dans la pratique, l'attention à la dimension psychologique de la réhabilitation¹⁸⁸

corresponded with the wishes of the national governments to see 'their' children restored to them. From the beginning of the relief and rehabilitation programme in Europe, national representatives carried the debates with the welfare officers and military government about the renationalisation of children. They pressured the welfare and occupying authorities to return children who were displaced from their territories during the war ».

Gnydiuk, *supra* note 177 à la p 297.

¹⁸⁰ *Ibid* à la p 302.

¹⁸¹ *Ibid* à la p 297.

¹⁸² Zahra, « Lost Children », *supra* note 172 à la p 79.

¹⁸³ *Ibid* à la p 56.

¹⁸⁴ *Ibid* à la p 303.

¹⁸⁵ Gnydiuk, *supra* note 177 à la p 303.

¹⁸⁶ *Ibid*.

¹⁸⁷ Aussi, Tara Zahra remarque que « [h]umanitarian activists and international child welfare experts in Europe after World War II insisted that the material and psychological best interests of individual children should guide their work. They sought to foster individualism and human rights in the name of a radical break from the fascist past. Simultaneously, however, UNRRA and IRO experts looked explicitly to the nation and family to achieve their Enlightenment visions. In their efforts to rehabilitate European children from wartime trauma, pedagogical activists and social workers tested, institutionalized, and internationalized new forms of expert knowledge about child development and the family. They embraced the seemingly universalist and individualist potential of psychoanalytic principles. At the same time, they embedded children deeply in the context of smaller communities, valorizing both nation and family as the essential sources of individual identity and agency. They also sought to rehabilitate refugees as particular kinds of individuals, insisting that children had distinct psychological needs that depended on their age, nation, religion, and gender. » Voir: Zahra, « Lost Children », *supra* note 172 à la p 86.

¹⁸⁸ *Ibid* à la p 47.

ainsi que la compréhension globale du développement de l'enfant dans laquelle elle s'inscrit. Dans le contexte plus large des programmes et politiques de réhabilitation et de reconstruction de l'UNRRA, la notion d'« intérêt de l'enfant » recouvre une fonction distincte. Envisagée comme neutre, apolitique, cette notion éminemment malléable d'intérêt de l'enfant opère ainsi une distanciation des décisions prises par les agent.e.s de l'UNRRA concernant les enfants déplacés du contexte géopolitique dans lequel elles se situent¹⁸⁹. Aussi, l'intérêt de l'enfant est-il mobilisé par les agent.e.s de l'UNRRA engagés auprès des enfants déplacés comme justification, comme argument central des décisions prises à leur égard¹⁹⁰ y compris lorsqu'elles vont à l'encontre de ce que préconise généralement l'UNRRA – l'émigration vers un pays tiers plutôt que le rapatriement, notamment¹⁹¹.

À l'instar de l'OIT, la pratique de l'UNRRA témoigne d'un changement d'approche en matière de protection de l'enfance. Articulée autour du développement – entendu au sens large –, elle ne vise plus la seule survie de l'enfant mais engage à considérer son bien-être. L'émergence du concept d'intérêt supérieur de l'enfant et ses usages dans la pratique de l'UNRRA tend, en outre, à opérer une distinction entre protection de l'enfance, d'une part, et aide humanitaire, d'autre part¹⁹². À cet égard doit notamment être soulignée la création, en 1946, d'un fond international de secours à l'enfance¹⁹³. D'abord envisagé comme programme temporaire, ce fond est cependant maintenu lorsque cessent les activités de l'UNRRA auquel il est rattaché et dont les fonds lui seront réattribués. En 1953, ce programme temporaire devient agence spécialisée permanente du système onusien sous le nom de Fond des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF)¹⁹⁴.

Tara Zahra souligne, à cet égard : « The project of rehabilitating displaced children was not understood simply in terms of providing shelter and preventing starvation and disease, although these were formidable tasks. In a shift from earlier efforts, postwar humanitarian activists saw themselves as agents of individual psychological reconstruction and rehabilitation

¹⁸⁹ Gnydiuk, *supra* note 177 à la p 304.

¹⁹⁰ « A child's fear of returning to his or her country of origin, 'even after every attempt has been made to help him overcome those fears', 49 was also a valid reason according to the IRO's administrative regulations for considering resettlement instead of repatriation. This rule became noticeably important in the cases of unaccompanied Polish-Ukrainian children. The fact that children could be afraid of returning to their country of origin, for example, because of anticipated persecution, was enough reason to challenge the assertion that repatriation was the optimal choice ».

Ibid à la p 302.

¹⁹¹ *Ibid* à la p 301.

¹⁹² *Ibid* à la p 298; Zahra, « Lost Children », *supra* note 172 à la p 86.

¹⁹³ Zoe Moody, « La fabrication internationale des droits de l'enfant: genèse de la Déclaration des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1946-1959) » (2015) 1:161 Relations internationales 65-80, à la p 66.

¹⁹⁴ *Ibid* à la p 67.

De l'histoire de l'UNICEF sont généralement retenues l'année 1953 qui marque son entrée dans le système onusien à titre d'agence spécialisée permanente ou encore l'année 1956, lors de laquelle l'UNICEF se vit accorder le Prix Nobel de la Paix. Les premières années (1946-1953) sont cependant assez peu étudiées et connues. Les quelques études qui s'y attardent, et notamment celle de Jennifer M. Morris publiée en 2015, témoignent cependant des premières orientations de l'organisation en termes de protection de l'enfance. À cet égard, voir : Jennifer M Morris, *The Origins of UNICEF, 1946-1953*, Lanham, Maryland, Lexington Books, 2015.

2.2. La Déclaration de 1959

Dans l'immédiat après-guerre, la pratique de l'UNRRA comme les travaux de l'OIT traduisent un changement d'approche dans le champ de la protection de l'enfance. Du secours à la protection, de la survie au développement, l'enfance se voit ainsi envisagée suivant une compréhension plus holistique. De ce glissement conceptuel participe et procède une attention au développement global de l'enfant, incitant ainsi à ce que soit considérés son identité autant que son bien-être et, dans une certaine mesure, son intérêt. Au sein des Nations Unies, l'adoption de la DUDH en 1948, dispose d'un contexte favorable à l'émergence d'une attention non seulement à la protection de l'enfant et à ses besoins particuliers mais à celle de ses droits (2.2.1). Le 20 novembre 1959, l'adoption de la Déclaration des droits de l'enfant acte de la reconnaissance à l'enfant d'une titularité de droits dont la protection et la réalisation doivent être guidés par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (2.2.2).

2.2.1. *Une charte des Nations Unies adaptée aux enfants*

Si l'ensemble du corpus de droits et protections que décline la DUDH semble concerner indistinctement « tous les êtres humains » auxquels ils sont reconnus – et ainsi les enfants – seules deux dispositions engagent immédiatement à une considération particulière à l'enfance. Aussi, à l'article 25(2) de la DUDH sont distinguées maternité et enfance comme ayant « droit à une aide et à une assistance spéciales », une protection à laquelle la naissance hors mariage ne peut constituer un motif d'exclusion¹⁹⁵. À l'article 26 est, en outre, disposé du droit de « toute personne » à l'éducation¹⁹⁶. Immédiatement associé au « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁹⁷, le droit à l'éducation dont dispose la DUDH est appréhendé comme devant favoriser le « plein épanouissement de la personnalité humaine »¹⁹⁸. On peut y

¹⁹⁵ DUDH, *supra* note 65, art 25(2) se lisant comme suit: « La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale. »

¹⁹⁶ *Ibid*, art 26(1). La DUDH engageant à ce que l'éducation soit gratuite « au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental ».

¹⁹⁷ *Ibid*, art 26(2).

¹⁹⁸ *Ibid*, art 26(2).

lire, en filigrane, la considération d'un potentiel de l'enfant dans le maintien de la paix et de la sécurité internationale ainsi que du rôle de l'éducation dans le développement global de l'enfant. À cet égard, la DUDH reconnaît aux parents – et « par priorité »¹⁹⁹ – le « droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants »²⁰⁰ et semble, ainsi, leur en reconnaître la prime responsabilité. La famille étant, par ailleurs, distinguée par la DUDH comme « l'élément naturel et fondamental de la société »²⁰¹ et, à ce titre, reconnue titulaire d'un « droit à la protection de la société et de l'État »²⁰², lequel concerne immédiatement les enfants²⁰³.

Bien que marginale, l'attention accordée par la DUDH à la protection de l'enfant se manifeste ainsi par la reconnaissance de la famille comme « unité fondamentale de la société », du droit à l'éducation ainsi que par les protections spéciales qu'exigent des besoins particuliers – de la maternité et de l'enfance, en l'occurrence. À cet égard, la DUDH réitère notamment la place fondamentale de l'éducation tant dans le développement de « toute personne » qu'en matière de maintien de la paix et de sécurité collective. Indirectement, la DUDH semble ainsi s'inscrire dans le sillage de l'approche globale du développement que sous-tendent notamment la pratique de l'UNRRA et de l'UNICEF dans l'immédiat après-guerre ainsi que les travaux de l'OIT.

En marge de la transition entre SDN et ONU, dès 1946, est considérée plus immédiatement la protection de l'enfance – et ce au prisme de la Déclaration de Genève et de la place à lui accorder, le cas échéant, au sein du nouveau système onusien²⁰⁴. Les discussions qui s'initient alors entre les Nations Unies et les organisations activement impliquées dans la protection de l'enfance – et, en particulier, l'UIPE²⁰⁵ – engagent à deux approches concurrentes. Au sein des Nations Unies est estimé que la Déclaration de Genève compose un texte trop succinct pour assurer à l'enfant une protection adéquate et cohérente avec les instruments de protection des droits humains adoptés par l'ONU. Aussi, est-il envisagé qu'une nouvelle déclaration dédiée à la protection de l'enfance soit élaborée afin de pallier les lacunes de la Déclaration de Genève. À l'initiative de cette dernière, cependant, l'UIPE tient particulièrement à ce que le texte de 1924 soit réaffirmé par les Nations Unies²⁰⁶ et oppose quelques réticences à le voir modifié et, plus encore, remplacé par un autre.

¹⁹⁹ *Ibid*, art 26(3).

²⁰⁰ *Ibid*, art 26(3).

²⁰¹ *Ibid*, art 16(3).

²⁰² *Ibid*, art 16(3).

²⁰³ Lavallée, *supra* note 108 à la p 21.

²⁰⁴ OHCHR, *supra* note 109 à la p 56.

²⁰⁵ Moody, *supra* note 193 à la p 69.

L'UIPE, rappelons-le, est créée en 1925 et fait se regrouper les acteurs de l'Union internationale de secours à l'enfance (UISE) et de l'Association internationale de protection de l'enfance (AIPE) jusqu'alors concurrentielles puisqu'engagées respectivement dans les approches humanitaire et protectionnelle de protection de l'enfance.

²⁰⁶ *Ibid*.

Aussi, l'UIPE engage-t-elle à ce que l'ONU réaffirme l'importance de la Déclaration de Genève et en assure une adhésion universelle²⁰⁷. À cette fin, Georges Thélin – alors secrétaire général de l'UIPE – estime qu'à la brièveté du texte de 1924 s'attache la garantie de voir la Déclaration de Genève approuvée par l'AGNU auprès de laquelle, considère-t-il, « seule a chance de s'imposer une Déclaration s'en tenant à une énumération – aussi brève que possible – de principes tout à fait généraux en laissant à chaque pays le soin de les appliquer en les adaptant à ses propres conditions et au développement de ses institutions »²⁰⁸. Aux termes de l'UIPE, généralisation et concision seraient ainsi garantes de l'adhésion à un cadre commun de protection de l'enfance au sein des Nations Unies, lequel devrait laisser à la discrétion des États la détermination des paramètres et modalités dans lesquels l'opérer²⁰⁹. L'attachement de l'UIPE au texte de 1924 répond cependant à une autre ambition : celle de voir confirmés ses rôle et influence à l'échelle internationale en matière de protection de l'enfance au bénéfice de la création de l'ONU²¹⁰. La Déclaration de Genève, dès lors, est envisagée comme l'outil privilégié de cette ambition. À défaut, cependant, puisque l'attachement jaloux de l'UIPE au texte de 1924 – dont elle revendique la « propriété morale » et ainsi d'être la seule à disposer du « droit de la modifier »²¹¹ – aura finalement l'effet inverse de celui escompté²¹².

En 1947, les Nations Unies initient les réflexions autour d'un projet de déclaration dédiée à la protection de l'enfance par l'examen de la Déclaration de Genève²¹³. Mettant en exergue ses lacunes, le rapport qui en résulte engage non seulement à en actualiser et bonifier le contenu mais à l'élaboration d'une nouvelle déclaration²¹⁴. Si celle-ci pourrait s'inspirer du texte de 1924, elle devrait néanmoins témoigner d'une réflexion plus aboutie quant à la protection à assurer aux mineur.e.s, ancrée dans une conception plus contemporaine de l'enfant et de son bien-être²¹⁵. À une seule actualisation de la Déclaration de Genève, est

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid* à la p 72, citant : AEG FUIPE, AP 92.2.11, Tri, 65-3, rapport du Secrétaire Général octobre 1946 à juillet 1948, La Déclaration de Genève et les Nations Unies, aux pp 31-35.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.* « Aux yeux de Thélin, une Déclaration des droits de l'enfant doit se distinguer, par exemple, des conventions de l'OIT. Elle doit être un point de ralliement, l'opportunité d'offrir un cadre commun aux États qui souhaiteraient, dans un deuxième temps, détailler les principes de protection de l'enfance à appliquer à l'intérieur de leurs frontières nationales. En ce sens, une Déclaration des droits de l'enfant n'est pas conçue comme un traité de droit international, mais bien comme un outil programmatique à visée universelle, ne traitant que de questions très générales ».

²¹¹ *Ibid* à la p 70.

²¹² *Ibid* aux pp 69-70, citant : AEG FUIPE AP 92.1.14 Tri/65-3, PV 4ème session du comité exécutif de l'Union, 31 mars – 2 avril 1948, Chap V. Georges Thélin à Maurice Milhaud, directeur adjoint de la Division des affaires sociales et ami de Thélin.

²¹³ Doc NU E/779, au para 76; dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 56.

²¹⁴ Doc NU E/CN.5/111, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 56.

²¹⁵ « At its third session, the Social Commission recommended that, even though great weight should be given to the Geneva Declaration, the proposed Charter should nevertheless include additional principles which "would transform the document into a United Nations Charter of the Rights of the Child, embodying the main features of the newer conception of child welfare". ». Doc NU E/779, au para 76, cité dans *Ibid*.

ainsi préférée la rédaction d'une nouvelle charte des droits de l'enfant²¹⁶ dont les travaux d'élaboration s'amorcent en 1950²¹⁷. Le 20 novembre 1959, l'AGNU adopte à l'unanimité la *Déclaration des droits de l'enfant*.

2.2.2. *Le droit à l'identité et l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de la reconnaissance à l'enfant d'une titularité de droits*

Envisagée comme la transposition des principes reconnus par la *Charte des Nations Unies* et de la DUDH²¹⁸ aux besoins particuliers de l'enfant²¹⁹, la Déclaration de 1959 s'ouvre par la distinction de celui-ci :

l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance²²⁰.

À la singularité de l'enfant, la Déclaration de 1959 attache ainsi l'exigence d'une protection spécifique. Plutôt qu'impératif moral – ainsi qu'en disposait la Déclaration de Genève²²¹ –, cette exigence de protection – et non de seul secours – relève d'un devoir que « l'humanité » se doit à elle-même²²² autant que de la responsabilité des États membres des Nations Unies²²³. Aussi la Déclaration de 1959 introduit-elle formellement, bien que de manière non contraignante, la responsabilité positive des États envers la protection et la réalisation des droits de l'enfant²²⁴. Et si celles-ci incombent à la société dans son ensemble et, en particulier aux parents et tuteurs légaux, la Déclaration de 1959 engage néanmoins celle des États et, notamment, à « accorder [à l'enfant] des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et d'autres moyens »²²⁵. Dans un corpus de dix principes, la Déclaration de 1959 reconnaît à l'enfant la titularité d'une

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Doc NU E/CN.5/221, au para 57, cité dans *Ibid.* Voir, également : ECOSOC Doc E/RES/309 C (XI), cité dans *Ibid* à la p 59.

²¹⁸ *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, préambule, al 1 et 2.

²¹⁹ Lavallée, *supra* note 108 à la p 33.

²²⁰ *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34 préambule, al 3.

²²¹ *Déclaration de Genève*, *supra* note 62.

²²² *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, préambule, al 5.

²²³ Lavallée, *supra* note 108 à la p 34.

²²⁴ « This document did not have international legal binding force either, but its *unanimous* adoption by the General Assembly enhanced its authority ». Voir : Trevor Buck, *International Child Law*, 3ème éd, Londres; New York, Routledge, 2014, à la p 89, italiques de l'auteur.

²²⁵ Aussi, la Déclaration de 1959 en son deuxième principe, enjoint-elle les États à « accorder [à l'enfant] des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et d'autres moyens » (*Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, principe 2, nos italiques]. À l'instar de l'OIT en 1945, dans la *Charte mondiale de protection de l'enfance* – et,

série de droits, incluant celui à une protection spéciale. Lequel, en sus de la survie et du secours²²⁶, concerne autant les conditions d'existence – matérielles²²⁷ et économiques²²⁸ – de l'enfant que l'accès et la réalisation de l'ensemble de ses droits²²⁹. À l'instar du champ de la protection de l'enfance dans laquelle elle s'inscrit, la Déclaration de 1959 engage à une compréhension globale du développement de l'enfant et de sa protection. La famille est ainsi distinguée comme contexte privilégié tant du développement et du bien-être de l'enfant que de la réalisation de ses droits²³⁰. La Déclaration de 1959 reconnaît, en outre, un droit de l'enfant à l'éducation²³¹ et dispose qu'elle soit « gratuite et obligatoire au moins aux niveaux élémentaires »²³². Immédiatement associé au développement, le droit à l'éducation est également garanti en marge du droit de l'enfant à être protégé contre l'exploitation, et notamment, économique²³³. La Déclaration de 1959 réitérant, ainsi, le lien entre éducation et travail des enfants qu'opérait notamment l'OIT en 1945.

Parmi les apports les plus significatifs de la Déclaration de 1959 figure la reconnaissance des premiers droits civils de l'enfant et, en particulier, celui d'avoir « droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité »²³⁴. Reconnaisant un droit de l'enfant à l'identité, la Déclaration de 1959 introduit la possibilité d'une certaine indépendance de l'enfant, et ce bien qu'elle n'envisage aucunement que l'enfant puisse exercer ses droits de manière autonome²³⁵. S'il est titulaire de droits, leur protection et leur réalisation n'est cependant pas du

notamment, dans la *Résolution concernant la protection des enfants et des jeunes travailleurs – la Déclaration de 1959* engage la responsabilité de l'État envers, notamment, les conditions matérielles d'existence des enfants (*Ibid*, principes 4 et 6.), leur accès à la sécurité sociale (*Ibid*, principe 4.), à l'éducation (*Ibid*, principe 7.), aux soins de santé (*Ibid*, principe 4.). Enfin, le sixième principe considère qu'« il est souhaitable que soient accordées aux familles nombreuses des allocations de l'État ou autres pour l'entretien des enfants » (*Ibid*, principe 6.).

²²⁶ *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, principe 8.

²²⁷ *Ibid*, principe 4.

²²⁸ *Ibid*, principe 6.

²²⁹ Et notamment l'accès de l'enfant à des soins de santé appropriés (principe 4) et à l'éducation (principe 7).

²³⁰ « L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; l'enfant en bas âge ne doit pas, *sauf circonstances exceptionnelles*, être séparé de sa mère ». *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, principe 6, nos italiques.

²³¹ *Ibid*, principe 7, se lisant comme suit :

L'enfant a droit à une éducation qui doit être gratuite et obligatoire au moins aux niveaux élémentaires. Il doit bénéficier d'une éducation qui contribue à sa culture générale et lui permette, dans des conditions d'égalité de chances, de développer ses facultés, son jugement personnel et son sens des responsabilités morales et sociales, et de devenir un membre utile de la société.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents.

L'enfant doit avoir toutes possibilités de se livrer à des jeux et à des activités récréatives, qui doivent être orientés vers les fins visées par l'éducation ; la société et les pouvoirs publics doivent s'efforcer de favoriser la jouissance de ce droit.

²³² *Ibid*, principe 7, para 1.

²³³ La Déclaration de 1959 mentionnant, notamment, que l'enfant « ne doit en aucun cas être astreint ou autorisé à prendre une occupation ou un emploi qui nuise à sa santé ou à son éducation, ou qui entrave son développement physique, mental ou moral ». *Ibid*, principe 9.

²³⁴ *Ibid*, principe 3.

²³⁵ Lavallée, *supra* note 108 à la p 34.

ressort de l'enfant²³⁶. En écho de ce droit de l'enfant à l'identité se pose, néanmoins, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant qu'introduit la Déclaration de 1959 dans la reconnaissance des droits de l'enfant à l'éducation – dont il doit « guider » la réalisation²³⁷ – et à une protection spéciale²³⁸. Disposant de l'intérêt supérieur de l'enfant comme d'un principe « guide » dans la réalisation du droit de l'enfant à l'éducation et « considération déterminante » dans l'adoption de lois engageant à la réalisation du droit de l'enfant à une protection spéciale, la Déclaration de 1959 circonscrit par ces deux occurrences la considération de cet intérêt supérieur de l'enfant à des contextes spécifiques. La seule inclusion de cette expression au corpus de droits déclinés par la Déclaration de 1959 suggère, cependant, que soit envisagée la possibilité que les intérêts de l'enfant puissent être distincts de ceux des adultes et, dans certaines circonstances, avoir préséance. Bien qu'elle reconnaisse l'importance de la famille dans le développement, le bien-être et la réalisation des droits de l'enfant, la Déclaration de 1959 introduit cependant la possibilité que la famille puisse nuire à l'enfant et jusqu'à le mettre en danger²³⁹. Elle dispose, en outre, d'un droit de l'enfant d'être protégé contre « toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation »²⁴⁰, lequel engage, notamment, une responsabilité – incombant « à la société et [aux] pouvoirs publics »²⁴¹ – d'accorder « un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants »²⁴². Le caractère transversal du droit de l'enfant à une protection spéciale, dont le libellé réfère explicitement à l'intérêt supérieur de l'enfant²⁴³, suggère, enfin, que celui-ci compose également un principe interprétatif de l'ensemble des droits dont dispose la Déclaration de 1959. Et si cette qualité n'est pas explicitement associée à l'intérêt supérieur de l'enfant, sa seule inclusion au texte de la Déclaration de 1959 tend à traduire la reconnaissance d'une

²³⁶ Aussi, la Déclaration de 1959 n'envisage aucunement la possibilité que l'enfant dispose de « capacités évolutives ». La reconnaissance et la considération de celles-ci n'étant actée qu'en 1989 avec l'adoption de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Voir : *Ibid.*

²³⁷ *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, principe 7. « [L']intérêt supérieur de l'enfant doit être le *guide* de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ». L'éducation étant envisagée comme condition fondamentale au développement de l'enfant, l'inclusion du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant corrobore l'importance d'en faire une priorité et, notamment, d'œuvrer pour que le travail des enfants soit, sinon aboli, limité.

²³⁸ *Ibid.*, principe 2.

²³⁹ *Ibid.*, principe 6.

²⁴⁰ *Ibid.*, principe 9.

²⁴¹ Ce qui, en l'occurrence signifierait qu'elle « ne s'adresserait pas uniquement aux États mais qu'elle lierait également les personnes physiques et morales qui se trouveraient, elles aussi, responsables de sa mise en œuvre ». Voir : Lavallée, *supra* note 108 à la p 34.

²⁴² *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, principe 6.

²⁴³ « L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante* ». *Ibid.*, principe 2, nos italiques.

certaine indépendance de l'enfant – par ailleurs confirmée par le droit à l'identité – et l'engagement envers une protection dédiée²⁴⁴.

Section 3 De la protection de l'enfant et de ses droits : la Convention relative aux droits de l'enfant (1989)

Le 20 novembre 1989, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la Convention relative aux droits de l'enfant. Ce troisième « moment » de l'histoire de la protection de l'enfance au vingtième siècle formalise, en droit international, la reconnaissance de l'enfant tant comme sujet de droits – et de ses droits – que comme relevant d'une catégorie sociale aux besoins et intérêts particuliers engageant à une protection spéciale. Premier traité international – contraignant, de surcroît – exclusivement dédié aux droits de l'enfant, la Convention s'inscrit dans le sillage de la spécialisation du droit international des droits humains, en marge duquel, par « touches », certains droits de l'enfant étaient déjà reconnus et protégés. Et, en particulier, les droits de l'enfant à une protection spéciale, à l'identité – que formalisait déjà la Déclaration de 1959 – et à l'éducation (3.1). S'il les réitère, le corpus que décline la Convention engage néanmoins à une compréhension plus large de la protection des droits de l'enfant articulée non plus autour de ses seuls besoins et développement mais de son intérêt supérieur. De ce principe qu'introduisait, trente ans plus tôt, la Déclaration de 1959, la Convention de 1989 dispose d'un droit, de portée générale et fondamental à la réalisation de l'ensemble des droits et protections qu'elle reconnaît à l'enfant (3.2).

3.1. Du droit à l'éducation au droit à l'identité

Du contexte normatif international dans lequel s'initient, en 1978, les travaux d'élaboration de la Convention participe une protection spécifique à l'enfant et, à certains égards, de ses droits. Et si elle est fragmentée, souvent corrélée à d'autres considérations que celle des enfants, de cette protection dont dispose le droit international des droits humains alors en vigueur se distinguent les droits de l'enfant à une protection

²⁴⁴ Buck, *supra* note 224 à la p 89. À cet égard, Trevor Buck estime que « [t]he language used in the text of the Declaration of 1959 reflects the conception of a child as more than merely a passive recipient of international humanitarian aid, but rather as an active participant in the enjoyment of human rights and freedoms ».

spéciale, à l'identité et à l'éducation²⁴⁵ (3.1.1). La reconnaissance de ce dernier semble avoir bénéficié des développements du champ de la pédagogie dans l'entre-deux guerres et, en particulier, du courant des pédagogies alternatives. Engageant à considérer l'enfant comme acteur de sa propre éducation, celles-ci semblent avoir contribué à une reconnaissance progressive de l'enfant tant comme individualité propre que titulaire de droits et en capacités de les exercer (3.1.2).

3.1.1. *La protection de l'enfant en marge du droit international des droits humains : l'apport des pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et aux droits civils et politiques (PIDCP)*

Dans le sillage de la DUDH et, dans une certaine mesure, de la Déclaration de 1959, le corpus normatif que composent les PIDESC et PIDCP intéresse à plusieurs égards la protection des droits de l'enfant. Reconnaissant d'emblée la « dignité inhérente à tous les membres de la famille et de leurs droits égaux et inaliénables »²⁴⁶, chacun des deux pactes engage au respect et à la protection des droits énoncés « sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »²⁴⁷. Si l'âge ne figure pas explicitement parmi les motifs de discrimination prohibés, il peut néanmoins être considéré que l'ensemble des dispositions déclinés par les pactes s'applique aux enfants. Ceux-ci se trouvent notamment concernés par les obligations positives – incombant aux États – auxquelles engagent les deux pactes, en ce qu'elles intéressent directement leurs conditions d'existence²⁴⁸. En effet, les deux pactes

²⁴⁵ Aux fins de la présente discussion ne peut être examiné en détail l'ensemble du corpus normatif intéressant la protection de l'enfant et de ses droits en vigueur entre 1976 et 1989. En ce qu'ils confèrent une valeur contraignante aux principes énoncés par la DUDH – dans le sillage de laquelle est immédiatement située la Convention – seuls les *Pacte international relatif aux droits civils et politique* (PIDCP) et *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC) seront considérés par la discussion de la section 3.1.1. Celle-ci, dès lors, n'entend pas proposer un examen exhaustif de la protection assurée par le corpus normatif international et régional en vigueur avant l'adoption de la Convention mais plutôt d'en relever certains éléments d'importance pour la présente étude et la discussion de l'article 3(1) de la Convention. Bien qu'arbitraire, le choix de ne considérer que les PIDESC et PIDCP dans cette discussion nous semble propice à distinguer les « thèmes » ou « enjeux » par lesquels se déploie une considération en DIDH de la protection de l'enfant et de celle de ses droits.

²⁴⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171, préambule, au para 2; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, préambule, au para 2.

²⁴⁷ *PIDESC*, *supra* note 246, art 2; *PIDCP*, *supra* note 246, art 2(1).

²⁴⁸ Aussi, les droits au travail (PIDESC art 6(2)), à la santé (PIDESC art 12), à la sécurité sociale (PIDESC art 9) ou à un niveau de vie suffisant (PIDESC arts 11(1) et 11(2)) que reconnaît et protège le PIDESC ont-ils indirectement des effets sur la protection des enfants et de leurs droits. Les droits à la liberté de pensée, de conscience et de religion (PIDCP art 18), à la reconnaissance de la personnalité juridique (PIDCP art 16), à l'égalité devant la loi (PIDCP art 26) ou à la protection contre la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants (PIDCP art 7) que protège le PIDCP emportent également une protection plus ou moins directe des enfants.

réitèrent la place prépondérante de la famille, considérée comme « l'élément naturel et fondamental de la société »²⁴⁹, et lui reconnaissent, à ce titre, protections et assistance de la part des États – comprises notamment dans les droits à un niveau de vie suffisant, à la sécurité sociale et à la santé²⁵⁰. À la portée générale des droits garantis par les deux pactes s'ajoutent des dispositions visant spécifiquement la protection des enfants et de leurs droits. En marge des dispositions intéressant la protection de la famille, le PIDESC réitère ainsi le droit des enfants à une protection spéciale²⁵¹. En ce sens, le PIDESC dispose notamment qu'une « protection spéciale [doit être] accordée aux mères [...] avant comme après la naissance des enfants »²⁵². Il est également exigé que des mesures spéciales de protection et d'assistance soient prises « en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres » et que ceux-ci soient protégés de l'exploitation économique et sociale²⁵³. Enfin, dans son énoncé du droit à la santé, le PIDESC inclut « la diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant » parmi les cibles que doivent viser les mesures prises par les États²⁵⁴. Le PIDCP, quant à lui, réitère le droit à la vie²⁵⁵ et exclut que puisse être appliquée la peine de mort à toute personne de moins de dix-huit ans ou à une femme enceinte²⁵⁶. Il dispose, en outre, d'une protection particulière aux enfants dans les articles relatifs à la privation de liberté²⁵⁷ et aux procédures pénale et civile²⁵⁸. À l'instar de la Déclaration de 1959, les PIDESC et PIDCP reconnaissent ainsi les droits de l'enfant à la vie, à une protection spéciale, au développement, à la non-discrimination – et notamment sur la naissance²⁵⁹ – et à l'éducation et engagent les États envers leur protection. Des dispositions qu'ils déclinent, deux intéressent plus directement encore la protection de l'enfant et de ses droits : l'article 13 du PIDESC relatif au droit à l'éducation et l'article 24 du PIDCP disposant d'un droit de l'enfant à un nom et une nationalité.

²⁴⁹ *PIDESC*, *supra* note 246, art 10(1); *PIDCP*, *supra* note 246, art 23(4).

²⁵⁰ Voir, notamment : *PIDESC*, *supra* note 246, art 10(1).

²⁵¹ *Ibid*, art 10.

²⁵² *Ibid*, art 10(2).

²⁵³ *Ibid*, art 10(3).

²⁵⁴ *Ibid*, art 12(2) au para a].

²⁵⁵ *PIDCP*, *supra* note 246, art 6.

²⁵⁶ *Ibid*, art 6(5).

²⁵⁷ *Ibid*, art 10.

²⁵⁸ *Ibid*, art 14. Le premier exige la séparation des adultes en contexte de détention et qu'il soit décidé du cas des jeunes prévenus « aussi rapidement possible » (*Ibid*, art 10(2), au para b]). Le second implique que « tout jugement rendu en matière pénale ou civile [soit] public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants » (*Ibid*, art 14(1), nos italiques.) et préconise que la procédure pénale soit adaptée à l'âge et tienne compte « de l'intérêt que présente [la] rééducation » de l'enfant concerné (*Ibid*, art 14(4)).

²⁵⁹ L'inclusion de la naissance parmi les motifs de discrimination prohibés importe en ce qu'elle garantit aux enfants nés hors mariage les mêmes droits que les autres. Une protection qu'énonçait déjà la Déclaration de 1959.

Aux termes du PIDESC, le droit de « toute personne à l'éducation »²⁶⁰ se trouve directement associé aux engagements des Nations Unies envers le maintien d'une paix durable²⁶¹ et envisagé comme devant « mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans la une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux »²⁶². Aussi, le PIDESC engage-t-il à rendre l'éducation accessible et, notamment, par la gratuité de l'enseignement primaire, lequel devrait également être obligatoire²⁶³. Si la responsabilité d'assurer l'effectivité du droit à l'éducation incombe principalement aux États, le PIDESC reconnaît néanmoins aux parents la liberté de choisir les modalités d'éducation de leurs enfants et réitère ainsi la place fondamentale qu'il accorde à la famille comme unité sociale²⁶⁴. Aussi concerné soit-il par ce droit à l'éducation, on remarque que l'enfant n'y est que peu explicitement nommé et que le PIDESC ne semble pas envisager que l'enfant puisse exprimer et voir considérée quelque opinion quant à sa propre éducation et ses modalités. Un constat qui rappelle, un peu plus, que le PIDESC ne concerne les enfants que de manière marginale, par touches et comme corollaire des droits et libertés reconnus aux adultes²⁶⁵.

Dans un libellé exclusivement dédié à la protection de l'enfant et de ses droits, l'article 24²⁶⁶ du PIDCP réitère le droit de l'enfant à la non-discrimination et à une protection spéciale²⁶⁷ et y adjoint la reconnaissance d'un droit à l'identité²⁶⁸ et à une nationalité²⁶⁹. L'exigence d'enregistrement des naissances et d'état civil des enfants dont il dispose intervient, en effet, comme moyen d'assurer un droit à l'identité et s'inscrit directement dans le sillage de la non-discrimination sur la base des conditions de naissance. En reconnaissant explicitement le droit de l'enfant à une nationalité²⁷⁰, le PIDCP semble, en outre, directement engager la responsabilité des États dans la mise en œuvre du droit de l'enfant à une protection spéciale. Par

²⁶⁰ *PIDESC*, *supra* note 246, art 13(1).

²⁶¹ *Ibid*, art 13(1).

²⁶² *Ibid*, art 13(1).

²⁶³ *Ibid*, art 13(2) au para a].

²⁶⁴ *Ibid*, art 13(3) se lisant comme suit : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions »

²⁶⁵ Lavallée, *supra* note 108 à la p 38.

²⁶⁶ *PIDCP*, *supra* note 246, art 24, se lisant comme suit :

1. Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.
2. Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom.
3. Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité

²⁶⁷ *Ibid*, art 24(1).

²⁶⁸ *Ibid*, art 24(2).

²⁶⁹ *Ibid*, art 24(3).

²⁷⁰ *Ibid*, art 24(3).

son caractère contraignant, le PIDCP formalise ainsi le droit à l'identité que reconnaissait déjà la Déclaration de 1959²⁷¹, lui confère une portée nouvelle et ouvre à une considération plus globale de la protection des enfants et de leurs droits. En filigrane, il initie également la possibilité que l'enfant soit considéré comme personne à part entière, comme individualité propre et potentiellement détentricrice de droits.

3.1.2. *Les pédagogies nouvelles ou la reconnaissance de l'enfant comme acteur de son droit à l'éducation*

Dans le sillage de la *pédagogie active* développée par les pédagogues Johann Heinrich Pestalozzi et Friedrich Fröbel au 19^{ème} siècle – et largement inspirée de la pensée de Jean-Jacques Rousseau²⁷² – émerge dans l'entre-deux guerres le courant des *pédagogies nouvelles*²⁷³. Plutôt que seul exercice de transmission de savoirs et connaissances, comme le fait la pédagogie magistrale, les pédagogies nouvelles proposent à l'enfant de construire ses savoirs et de développer ses habiletés par l'expérimentation et la recherche. L'enfant devient donc acteur de ses apprentissages. Aussi, considèrent-elles l'enfant comme individualité à part entière, douée d'habiletés de pensées, capable d'éprouver des émotions, d'user de ses sens pour appréhender le monde qui l'entoure, et, ainsi, de prendre activement part à sa propre éducation. Les pédagogies nouvelles postulent, en outre, d'un droit de l'enfant au développement, lequel est envisagé tant dans ses dimensions physique, intellectuelle, que psychologique et morale. Un droit auquel le rôle de l'éducation tient précisément à favoriser la réalisation et ce, tant par l'accompagnement – plutôt que la seule transmission – de l'enfant dans ses apprentissages par l'expérimentation que dans l'expérience de sa propre identité et de son développement individuel. Comme espace d'accompagnement de l'enfant et par le rôle fondamental de l'expérimentation dont elles disposent, les pédagogies nouvelles considèrent ainsi que l'éducation doit favoriser le développement global de l'enfant, et ce en l'accompagnant tant dans l'appréhension de sa propre identité, de sa propre liberté que dans celles des autres, et le développement de ses habiletés à prendre part à une vie en société. À l'instar du champ de la protection de l'enfance, le développement de celui de la pédagogie est éminemment interdisciplinaire. Aussi, dans l'entre-deux guerres, les principes des pédagogies nouvelles sont-ils développés et mobilisés par des médecins aux spécialisations différentes, lesquels incluent notamment le philosophe et psychologue américain John Dewey, le biologiste

²⁷¹ Déclaration des droits de l'enfant, *supra* note 34, principe 3.

²⁷² Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou De l'éducation*, Folio Essais, Paris, Gallimard, 1995.

²⁷³ Jean Houssaye, dir, *Quinze pédagogues. Idées principales et textes choisis*, Pédagogues du monde entier, Éditions Fabert, 2013, à la p 40.

et psychologue suisse Jean Piaget, ou encore la médecin psychiatre italienne Maria Montessori²⁷⁴. Bien qu'ils ne soient pas explicitement associés aux pédagogies nouvelles, les travaux et la pratique du pédiatre, auteur et pédagogue juif polonais Janusz Korczack (1879-1942) s'en inspirent et en proposent une mise en application²⁷⁵.

Dans l'entre-deux guerres, le constat des insuffisances de sa propre pratique médicale²⁷⁶ incite Korczack à mobiliser les principes des pédagogies nouvelles dans son engagement auprès des enfants orphelin.e.s au sein des deux établissements dont il avait contribué à la création en 1912 et 1919 : Dom Sierot²⁷⁷ et Nasz Dom²⁷⁸. À l'instar des pédagogies nouvelles, Korczack postule d'un droit de l'enfant au développement, du rôle d'accompagnement de l'éducation dans sa réalisation et, ainsi, de la valeur fondamentale de l'expérimentation, par l'enfant lui-même, dans l'acquisition des savoirs, connaissances et compétences. Aussi, considère-t-il l'enfant comme individualité à part entière, apte à développer – par l'expérimentation, notamment – ses habiletés de pensée, ses compétences, sa propre identité mais aussi son autonomie tant dans ses apprentissages et leur compréhension que dans l'exercice de ses connaissances et compétences, incluant ses droits et devoirs²⁷⁹. Dans ces deux établissements, cette approche pédagogique se traduit notamment par une organisation horizontale et collégiale de ces espaces de vie en collectivité autant que d'apprentissages, impliquant au même titre adultes et enfants y évoluant²⁸⁰. Dans l'engagement actif de chacun.e dans cette vie collective et son expérimentation, Korczack distingue également un potentiel d'apprentissage de la vie en société ainsi que des principes de démocratie et de solidarité²⁸¹. L'organisation de l'établissement, l'implication individuelle qu'elle exige, laissent ainsi Korczack anticiper que ces

²⁷⁴ Marie-Anne Hugon, « Les pédagogies nouvelles : quel apport pour l'école d'aujourd'hui ? » (2016) 1:9 Spécificités 26-38, à la p 28; Houssaye, *supra* note 273.

²⁷⁵ Pédiatre, auteur et pédagogue, Janusz Korczack (1879-1942), est particulièrement connu pour les circonstances de son décès, en août 1942. Tandis que l'orphelinat dont il s'occupait était évacué par les autorités nazies, les enfants sur le point d'être déporté.e.s vers le camp de Treblinka, J.Korczack refusa catégoriquement de ne pas accompagner les enfants lorsque lui fut offert d'échapper à la déportation. Il accompagna ainsi les enfants dont il avait pris soin pendant la guerre et mourut, avec eux, dans les chambres à gaz du camp de Treblinka.

²⁷⁶ Carl Lindgren, « A man of vision who blazed the trail for children's rights and died a hero's death » (2016) 105:4 Acta Paediatr 349-351, à la p 349.

²⁷⁷ La Maison des orphelins, créé en 1912

²⁷⁸ Le Foyer : Notre Maison, créé en 1919

²⁷⁹ Houssaye, *supra* note 273 à la p 65.

²⁸⁰ Lindgren, *supra* note 276 à la p 350.

« The educational programme at Dom Sierot aimed to foster a democratic generation. Children and adults shared the same responsibilities and the same duties. The orphanage also had a peer court where the children as well as the adults could be prosecuted for any foul action they committed. As a rule, the verdict resulted in forgiveness if the accused realised his or her offence. There was also had a bulletin board where anyone could post a complaint and where all the public information about decisions taken and future commissions were posted. Apart from the informative purpose, this encouraged the children to develop their writing and reading »

²⁸¹ « He had a vision that if children could be educated to be democratic in a culture of solidarity, future generations would consequently perceive the idea of war absurd. Therefore, he decided to devote the rest of his life to philanthropic projects and long-term peace ». Voir : *Ibid* à la p 349.

environnements singuliers contribuent à ce que l'enfant puisse éprouver tant sa propre identité, ses propres droits et libertés, et leur exercice que ceux des autres et, ainsi, amené à les considérer et les respecter²⁸². De sa propre implication dans cette approche pédagogique, Korczack considère qu'elle relève essentiellement de l'observation, laquelle recouvre un potentiel non-négligeable d'acquisition de connaissances sur le développement – tant physique et intellectuel que social – des enfants dont il estime qu'il lui incombe de rendre compte. Aussi, dès 1919, Korczack engage dans ses écrits à la reconnaissance d'un droit de l'enfant au respect²⁸³ et, ainsi, à considérer l'enfant non seulement comme individualité à part entière – « comme un être complet et non comme un simple adulte en miniature »²⁸⁴ – mais aussi comme pleinement capable de formuler et d'exprimer opinions et jugements²⁸⁵. Aussi, dans les années 1920, l'influence des pédagogies nouvelles se traduit dans les écrits de Korczack engageant à considérer l'enfant comme agent tant de sa propre éducation, que de son développement et de ses droits. Ainsi, la reconnaissance d'un droit de l'enfant au respect à laquelle incite Korczack, semble anticiper celle du droit de l'enfant d'être entendu dont dispose la Convention de 1989²⁸⁶.

3.2. La Convention

Dans le sillage de la reconnaissance d'un droit de l'enfant à l'identité et, à certains égards, de la mise en exergue de son droit à l'éducation dont dispose le droit international des droits humains dans lequel elle s'inscrit, la Convention formalise un glissement d'importance tant dans l'appréhension de l'enfant que de celle de ses droits et protections. Aussi la Convention distingue l'enfant non seulement comme bénéficiaire d'une protection spéciale ou titulaire de droits mais comme sujet de droits et de ses droits (3.2.1). De ce glissement conceptuel participe immédiatement la reconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant au titre des droits reconnus à l'enfant et dont il constitue un principe général tant de leur mise en œuvre que de leur interprétation (3.2.2).

²⁸² *Ibid*; Sophie Richardot, « Janusz Korczak et Friedl Dicker-Brandeis : deux pédagogues de la liberté dans l'univers concentrationnaire nazi » (2012) 42:2 *Le Télémaque* 87, à la p 94.

²⁸³ Et notamment, *Comment aimer un enfant*, publié en 1919, et *Le droit de l'enfant au respect*, publié en 1920

²⁸⁴ Philippe Meirieu, « Janusz Korczack. L'invention des droits de l'enfant » dans Martine Fournier, dir, *Les grands penseurs de l'éducation*, Petite bibliothèque, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, 2018 59, à la p 60.

²⁸⁵ *Ibid*; Gabriel Eichsteller, « Janusz Korczak – His Legacy and its Relevance for Children's Rights Today » (2009) 17:3 *Int J Child Rights* 377-391, à la p 385.

²⁸⁶ Eichsteller, *supra* note 285 à la p 388.

3.2.1. *L'enfant sujet de droits et de ses droits*

En 1989, la Convention introduit l'enfant comme sujet de droits et du droit international. Le droit à l'identité que protégeait déjà le PIDCP adopté en 1966 est réitéré par les articles 7 et 8. De même que les droits à la non-discrimination²⁸⁷, à la vie, à la survie et au développement²⁸⁸ ainsi qu'à l'éducation²⁸⁹. Inscrite d'emblée dans le sillage des Déclaration de Genève de 1924 et Déclaration de 1959, la Convention s'ouvre sur la reconnaissance d'un droit de l'enfant à une protection spéciale. Le préambule réitère, en ce sens, que « l'enfant en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance »²⁹⁰. Outre une définition de l'enfant en droit international, entendu comme « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »²⁹¹, l'apport le plus manifeste de la Convention tient certainement en la reconnaissance, à l'article 12, d'un droit de l'enfant à la participation. Celui-ci est énoncé comme suit :

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 approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale²⁹².

L'introduction d'un droit de l'enfant à la participation, ou d'un « droit d'être entendu », semble se poser en écho des développements que connaît notamment le champ de la pédagogie dans l'entre-deux guerres et, en cela, s'inscrire dans le changement de rapport à l'enfance opéré entre les déclarations de 1924 et 1959 et la Convention. Relevons, cependant, que l'article 12 de la Convention pose certains repères à ce droit de participation. L'expression « capable de discernement » suggère, notamment, une application du droit de participation déterminée par l'âge de l'enfant concerné.e. Si cette nuance requiert d'être examinée plus avant – ce à quoi le troisième chapitre de la présente recherche s'attachera – il importe néanmoins de souligner l'apport que représente l'inclusion d'un droit de participation au texte de la Convention dans l'histoire de la

²⁸⁷ CDE, *supra* note 24, art 2.

²⁸⁸ *Ibid*, art 6.

²⁸⁹ *Ibid*, art 28.

²⁹⁰ *Ibid*, préambule, al 10.

²⁹¹ *Ibid*, art 1.

²⁹² *Ibid*, art 12.

protection de l'enfance. L'enfant, en 1989, n'est plus seulement titulaire de droits mais aussi en capacité d'exercer ses droits. L'exigence de protection spéciale que pose la qualité d'enfant, et par laquelle s'ouvre la Convention, devant ainsi s'articuler avec le droit de l'enfant d'être entendu. Ce que confirme, notamment, le caractère interdépendant et l'indivisibilité des droits reconnus par la Convention²⁹³. Lesquels sont notamment réitérés par le Comité des droits de l'enfant dans son Observation générale no 5 relative aux mesures d'applications générales de la Convention dans les termes suivants :

Il n'y a pas de division simple ou faisant autorité en ces deux catégories des droits de l'homme en général ou des droits énoncés dans la Convention. Les directives du Comité concernant l'établissement des rapports regroupent les articles 7, 8, 13 à 17 et 37 a), sous la rubrique « Libertés et droits civils », mais il ressort du contexte que ces dispositions ne renferment pas les seuls droits civils et politiques consacrés par la Convention. Il est clair, en effet, que de nombreux autres articles, notamment les articles 2, 3, 6 et 12 de la Convention, contiennent des éléments qui constituent des droits civils/politiques, ce qui met en évidence l'interdépendance et l'indivisibilité de tous les droits de l'homme. La jouissance des droits économiques, sociaux et culturels est intimement liée à la jouissance des droits civils et politiques. Comme cela est indiqué au paragraphe 25 ci-dessous, le Comité estime qu'aussi bien les droits civils et politiques que les droits économiques, sociaux et culturels doivent être considérés comme justiciables²⁹⁴.

La reconnaissance conjointe de droits économiques, sociaux et culturels (DESC) et civils et politiques (DCP) qu'opère la Convention distingue celle-ci d'autres instruments internationaux²⁹⁵. Si elle établit une différenciation dans les mesures d'application de ces deux catégories de droits, elle exclut, que l'une puisse avoir préséance sur l'autre. Ce que réitère, en 2003, le Comité des droits de l'enfant dans l'Observation générale no 5 précitée. Le caractère indivisible des droits de l'enfant n'exclut pas que soient distingués les droits à la non-discrimination²⁹⁶, à la vie, à la survie et au développement²⁹⁷, à la participation²⁹⁸ ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant²⁹⁹ comme principes généraux de la Convention³⁰⁰.

²⁹³ *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

²⁹⁴ *Ibid* au para 6.

²⁹⁵ Buck, *supra* note 224 à la p 87.

²⁹⁶ CDE, *supra* note 24, art 2.

²⁹⁷ *Ibid*, art 6.

²⁹⁸ *Ibid*, art 12.

²⁹⁹ *Ibid*, art 3(1).

³⁰⁰ *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

3.2.2. *L'intérêt supérieur de l'enfant comme droit et principe général de la Convention*

La Déclaration des droits de l'enfant introduisait, en 1959, la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » en droit international. Trente ans plus tard, la Convention reprend cette notion et l'inclut aux droits reconnus à l'enfant. L'article 3 l'énonce comme suit :

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.
2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.
3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié³⁰¹.

Ce libellé emporte plusieurs constats. Le premier, tient au champ d'application associé au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. À l'inverse de la Déclaration de 1959, la Convention ne le restreint pas à quelques contextes spécifiques – l'éducation, notamment – mais le distingue comme principe général³⁰². Aux termes du Comité des droits de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être considéré comme « droit », comme « principe interprétatif fondamental » et comme « règle de procédure »³⁰³. Une interprétation tripartite – sur laquelle nous reviendrons ultérieurement – qui témoigne de la place prépondérante que tient désormais le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le corpus de droits reconnus aux enfants. Le deuxième constat tient à l'interaction entre intérêt supérieur de l'enfant et protection de l'enfant. En effet, l'article 3(2) associe directement la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant aux obligations positives des États parties à la Convention en matière de protection. Enfin, il importe de souligner que le libellé de l'article 3 reconnaît des droits tant aux enfants qu'aux parents et/ou tuteurs légaux, lesquels doivent être protégés et garantis par l'État. Si la Convention reconnaît par ailleurs des droits aux parents et/ou tuteurs légaux des enfants³⁰⁴, leur inclusion dans le libellé de l'article 3 corrobore l'importance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle confirme, en outre, que la protection de

³⁰¹ CDE, *supra* note 24, art 3.

³⁰² *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

³⁰³ *Observation générale no 14*, *supra* note 30 au para 6.

³⁰⁴ CDE, *supra* note 24, art 5.

l'enfant et de ses droits ne relève plus uniquement ni de la sphère privée, ni d'un acte de charité, mais emporte des obligations positives de mise en œuvre par l'État.

Conclusion

En trois « moments », articulés autour des Déclaration de Genève de 1924, Déclaration des droits de l'enfant de 1959 et Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, se décline *une* histoire de la protection de l'enfance au vingtième siècle. De cette histoire, nécessairement partielle, semblent se distinguer trois trajectoires – conceptuelle, normative et sémantique – entrecroisées et fragmentaires intéressant tant la compréhension de l'enfant que ce qu'elle implique. En 1924, l'enfant est distingué comme victime – de la guerre, de la famine ou encore de sa propre condition d'enfant. D'abord acte de charité, le secours à l'enfance devient impératif moral. Dans un texte non-contraignant et au libellé plus que concis, la Déclaration de Genève fait incomber l'exigence morale de secours à l'enfance à l'humanité toute entière. En arrière-plan de la Déclaration de Genève, la création du Comité consultatif de protection de l'enfance (CPE) de la SDN – qui lui est contemporaine – introduit cependant une considération, pérenne, non plus du seul secours mais de la protection de l'enfance. Initiant ainsi un glissement conceptuel, du secours à la protection, de la survie vers le développement. En 1959, l'enfant est distingué par la singularité de sa condition d'enfant. Figure vulnérable, l'enfant doit être protégé en vertu d'un droit au développement qui lui est désormais reconnu. Celui-ci s'inscrit dans le potentiel alors associé à l'enfance, tant pour la société – le développement de l'enfant devant bénéficier à son implication sociétale à l'âge adulte – que pour le maintien de la paix. Si l'attention à la survie de l'enfant demeure, c'est désormais autour de son développement que s'articule la protection de l'enfance et, en l'occurrence, la Déclaration de 1959. Celle-ci introduit, en droit international, la reconnaissance à l'enfant de droits. Outre le droit à une protection spéciale, elle énonce les droits de l'enfant à une identité³⁰⁵ et à l'éducation³⁰⁶, laquelle devient centrale à la protection de l'enfance. C'est par la reconnaissance d'un droit à l'éducation que s'initie le glissement sémantique entre développement et intérêt de l'enfant. Sans envisager que l'enfant puisse exercer les droits dont elle le reconnaît titulaire³⁰⁷, la Déclaration de 1959 laisse néanmoins entrevoir la possibilité que l'enfant ait des intérêts distincts. Elle pose, en cela, les premiers jalons d'une reconnaissance de l'enfant comme

³⁰⁵ *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, principe 2.

³⁰⁶ *Ibid*, principe 8.

³⁰⁷ Lavallée, *supra* note 108 à la p 31.

individualité, sinon autonome, potentiellement indépendante. En 1989, l'enfant est distingué comme sujet vulnérable de droits et du droit international. Si sa condition d'enfant exige une protection spécifique, l'enfant est néanmoins reconnu comme pleinement titulaire de droits – justiciables, interdépendants et indivisibles – tant économiques, sociaux et culturels, que civils et politiques. Lesquels incluent, nécessairement, les droits à la vie, à la survie et au développement, à une protection spéciale³⁰⁸, à l'identité ou encore à l'éducation que reconnaissait jusqu'alors le droit international. À ceux-ci s'ajoutent, notamment, le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit « une considération primordiale » de toute décision le concernant³⁰⁹ ainsi que le droit de l'enfant d'être entendu³¹⁰ qu'introduit la Convention de 1989. Par la reconnaissance de ces deux droits est formalisée, en 1989, celle de l'enfant comme titulaire de droits et en capacité de les exercer. Et si sa condition d'enfant emporte une vulnérabilité particulière, l'enfant est désormais reconnu comme sujet indépendant de droits.

³⁰⁸ *CDE*, *supra* note 24, art 6.

³⁰⁹ *Ibid*, art 3(1).

³¹⁰ *Ibid*, art 12.

CHAPITRE 2

DE L'INDÉTERMINATION DU PRINCIPE DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

Introduction

Héritière des Déclaration de Genève et Déclaration de 1959, la Convention s'en inspire autant qu'elle s'en distingue. Elle traduit ainsi les glissements conceptuel, sémantique et normatif que connaît, au vingtième siècle, le champ de la protection de l'enfance et son introduction progressive dans celui du droit international. Du corpus que décline la Convention, une disposition cristallise particulièrement cette traduction – conceptuelle, sémantique et normative – qu'elle opère. Aussi, dispose-t-elle, en son article 3(1) que :

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 primordiale³¹¹.

De cet intérêt supérieur de l'enfant, la Convention compose ainsi un droit auquel elle confère, par ailleurs, un rôle fondamental dans la protection et la réalisation de l'ensemble des droits qu'elle reconnaît à l'enfant³¹². Aux côtés des droits à la vie, à la survie et au développement³¹³, à la non-discrimination³¹⁴ et au droit de l'enfant d'être entendu³¹⁵, l'article 3(1) est ainsi distingué comme *principe général* de la Convention³¹⁶. À ce titre, il constitue une exigence fondamentale tant de la protection de l'enfant et de ses droits que de sa pleine reconnaissance comme sujet de droits – et de ses droits. La seule lettre de la Convention ne permet

³¹¹ *Ibid*, art 3(1). Dans son libellé complet, l'article 3 se lit comme suit :

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.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.

³¹² *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

³¹³ *CDE*, *supra* note 24, art 6.

³¹⁴ *Ibid*, art 2.

³¹⁵ *Ibid*, art 12.

³¹⁶ *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

pas, cependant, de distinguer précisément ce que recouvre cette notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Que compose cet intérêt de l'enfant ? En quoi est-il supérieur ? À quels autres intérêts ou considérations s'applique – ou devrait s'appliquer – cette supériorité ? À qui incombe de déterminer ce que constitue cet intérêt de l'enfant et, de surcroît, sa supériorité ? De quelle manière, selon quels critères et considérations cet intérêt de l'enfant – et sa supériorité – sont-ils déterminés ? Est-ce à l'enfant, lui-même, de savoir ou de déterminer ce que compose son intérêt et, plus encore, son intérêt supérieur ? Des termes de l'article 3(1), seule sa qualité de considération primordiale de toute décision le concernant ne se distingue de cet intérêt supérieur de l'enfant. L'article « une » suggérant néanmoins que d'autres considérations – toutes aussi primordiales – pourraient avoir préséance sur cet intérêt de l'enfant pourtant supérieur. En contrepoint de cette indétermination – conceptuelle et sémantique – de l'intérêt supérieur de l'enfant se pose la qualité de *principe général* de l'article 3(1) et, partant, le rôle fondamental qu'il recouvre dans la protection et la réalisation des droits de l'enfant. Interrogeant, dès lors, la teneur de cet intérêt supérieur de l'enfant comme de l'ensemble des droits reconnus à l'enfant et protégés par la Convention. Aussi, est-ce à cette indétermination de l'article 3(1) qu'entend s'intéresser le présent chapitre. La première section s'attachera ainsi à essayer de situer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son contexte normatif et, notamment, en interrogeant sa seule inclusion au corpus que décline la Convention. La deuxième section, quant à elle, interrogera immédiatement l'élaboration de l'article 3(1). Au bénéfice des travaux préparatoires de la Convention seront ainsi interrogées les circonstances autant que les motifs de l'indétermination sémantique et conceptuelle de l'article 3(1). Engageant à considérer ses implications, cette indétermination de l'intérêt supérieur de l'enfant sera, finalement, envisagée par le prisme de son application comme droit de l'enfant. Au concours des travaux du Comité des droits de l'enfant, la troisième section s'attachera ainsi à examiner ce que recouvre l'intérêt supérieur de l'enfant tant dans sa propre mise en œuvre que dans celle des autres droits que protège la Convention. De cette réflexion, déclinée en trois étapes, devrait ainsi se distinguer quelque compréhension de ce que recouvre l'intérêt supérieur de l'enfant comme droit et principe aussi fondamental qu'indéterminé³¹⁷.

³¹⁷ Alston, « The Best Interests Principle », *supra* note 23 à la p 17.

Section 1 L'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention

L'indétermination de l'article 3(1) couplée au rôle fondamental qui lui est accordé dans la réalisation et la protection des droits de l'enfant suggère une contradiction qui engage, d'emblée, à interroger la seule inclusion du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant au corpus que décline la Convention. Les circonstances dans lesquelles s'initient l'élaboration de celle-ci permettent de distinguer deux éléments d'importance. À la Convention, tout d'abord, est attachée une ambition de protection globale des droits de l'enfant. De celle-ci participe une approche de protection spécifique en ce qu'elle est fondée sur les intérêts particuliers à la catégorie « enfants » que distingue la Convention et à laquelle semble devoir contribuer, sur le plan sémantique, l'usage de l'expression intérêt supérieur de l'enfant (1.1). Introduite par la Déclaration de 1959, celle-ci se trouve ainsi d'emblée considérée aux termes d'un projet de convention dédié aux droits de l'enfant. Formalisé comme droit de l'enfant, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant participe ainsi du glissement conceptuel qu'opère la Convention à l'égard tant de la compréhension de l'enfant que des fondements de sa protection (1.2).

1.1. L'Année internationale de l'enfant (1979)

En décembre 1976, l'Assemblée générale des Nations Unies décide de souligner le vingtième anniversaire de la Déclaration des droits de l'enfant. En dédiant l'année 1979 à la protection des mineur.e.s et de leurs droits, elle réitère son adhésion aux principes énoncés par la Déclaration de 1959 et espère en favoriser la mise en œuvre par ses États membres³¹⁸. Dès 1978, cependant, cette ambition se mue en celle de voir adopté un traité international spécifiquement dédié à la protection de l'enfant et de ses droits (1.1.1). Aux lacunes du droit international en la matière, est ainsi opposée l'exigence d'une protection globale de l'enfant et de ses droits (1.1.2).

³¹⁸ Cette décision procède de la publication d'un rapport, par le Secrétaire général des Nations Unies faisant état de la protection des mineur.e.s et de leurs droits. Le rapport mettant particulièrement en exergue les lacunes à cet égard.

1.1.1. L'émergence d'un projet de traité dédié aux droits de l'enfant

Que l'année 1976 soit dédiée à l'enfant et à sa protection procède de la publication d'un rapport, réalisé par le Secrétaire général des Nations Unies, faisant état des lacunes importantes en matière de protection des mineur.e.s et de leurs droits³¹⁹. Et si aux termes de la Résolution 31/169 adoptée par l'AGNU à cet égard, l'Année internationale de l'enfant devait favoriser l'adhésion aux principes de la Déclaration de 1959³²⁰, la préparation de cette année incite rapidement à ce que soient mises en exergue ses insuffisances. Que la protection des mineur.e.s et de leurs droits ne soit garantie, à l'échelle internationale, que par une déclaration non-contraignante et de portée relativement générale contraste notamment avec les développements du droit international depuis 1959 et son engagement envers une approche plus spécifique de la protection des droits humains. Dans ces circonstances, l'absence d'un instrument contraignant, de portée globale, spécifiquement dédié à la protection des mineur.e.s et de leurs droits se pose, entre 1976 et 1979, comme une lacune importante du droit international. Laquelle est notamment soulignée par le représentant permanent de la Pologne auprès de l'Office des Nations Unies à Genève (ONUG), Eugeniusz Wyzner, dans une lettre adressée au directeur de la Division des droits humains:

The Government of the Polish People's Republic is fully convinced that today, i.e. almost twenty years after the proclamation of the principles of this Declaration by the General Assembly, the conditions to take further and more consistent steps by adopting the internationally binding instrument in the form of a convention, have already been created.

³¹⁹ Aussi, la Résolution 31/169 s'ouvre-t-elle comme suit :

Recognizing the fundamental importance in all countries, developed and industrialized, of programmes benefiting children not only for the well-being of the children but also as part of broader efforts to accelerate economic and social progress, [...]

Deeply concerned that, in spite of all efforts, far too many children, especially in developing countries, are undernourished, are without access to adequate health services, are missing the basic educational preparation for their future and are deprived of the elementary amenities of life,

Convinced that an international year of the child could serve to encourage all countries to review their *programmes* for the promotion of the *well-being* of children and to mobilize support for national and local action programmes according to each country's conditions, needs and priorities.

Résolution 31/169 sur une Année internationale de l'enfant, Rés AG 31/169, 21 décembre 1976, Doc off AG NU 31/169, (1976), préambule, al 3, 5 et 6, nos italiques.

³²⁰ Ambition à laquelle la Résolution 31/169 attache les objectifs généraux suivants : « Decides that the International Year of the Child should have the following general objectives: (a) To provide a framework for advocacy on behalf of children and for enhancing the awareness of the special needs of children on the part of decision makers and the public; (b) To promote recognition of the fact that programmes for children should be an integral part of economic and social development plans with a view to achieving, in both the long term and the short term, sustained activities for the *benefit of children* at the national and international levels ». *Ibid* au para 2, nos italiques.

The development of the international cooperation in different areas shows that both the care of the child and its rights should not lag behind the elaboration of the international legal rules in other spheres³²¹.

Le gouvernement de la Pologne suggère ainsi que les Nations Unies, et particulièrement la Commission des droits humains, se saisissent de l'opportunité que représente l'Année internationale de l'enfant pour enrichir le corpus normatif international d'une convention, contraignante, dédiée à la protection des mineur.e.s et de leurs droits. Aussi, la Pologne engage-t-elle la communauté internationale non seulement à considérer l'adoption d'un traité international dédié aux droits de l'enfant mais à concrétiser ce projet dès l'année 1979. Et ce, afin que son adoption coïncide avec le vingtième anniversaire de la Déclaration de 1959. Le succès rencontré par cette dernière, est-il estimé, devrait favoriser l'adoption rapide d'un traité contraignant. Aussi, la Pologne soumet-elle, dès 1978, une première proposition de libellé largement inspirée de celui de la Déclaration de 1959. Le projet ne rencontre pas, cependant, le succès escompté. Et si la question d'une convention dédiée aux droits de l'enfant intègre rapidement le programme de travail de la Commission des droits humains des Nations Unies, il n'est pas acquis, cependant, qu'elle mène à l'adoption d'un traité³²². La pertinence d'un traité international dédié à la protection des mineur.e.s et de leurs droits, tout d'abord, ne fait pas l'unanimité³²³. D'aucuns considèrent, en effet, que l'adhésion rencontrée par la Déclaration de 1959 couplée aux dispositions spécifiquement applicables aux mineur.e.s incluses aux différents traités de protection des droits humains adoptés depuis confèrent une protection suffisante aux mineur.e.s³²⁴. La nécessité d'un nouveau traité ne semble, dès lors, pas acquise et soulève des inquiétudes quant aux effets qu'un nouveau processus de négociation pourrait avoir sur l'adhésion au corpus de protection des mineur.e.s déjà en place³²⁵. D'importantes réticences sont également exprimées à l'idée que soit rendu contraignant le texte de la Déclaration de 1959. Celle-ci n'ayant pas été rédigée dans la perspective qu'elle soit contraignante, plusieurs États parties estiment qu'ils ne pourraient pas adopter et ratifier un traité qui en reprendrait l'exact libellé. D'autres, cependant, adhèrent à l'idée d'un traité international dédié à la protection des droits de l'enfant et estiment que cela s'avère une nécessité³²⁶. Plutôt que de conférer une valeur contraignante au texte de la Déclaration, ils engagent à ce que soit élaboré un nouveau texte au

³²¹ Lettre d'Eugenius Wyzner, Représentant permanent de la Pologne auprès de l'Office des Nations Unies à Genève au directeur de la Division des droits humains, *Explanatory Memorandum* (joint à la lettre), Doc NU E/CN.4/1284, 18 janvier 1978, aux paras 2 et 3 cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 31.

³²² Adam Lopatka, « Introduction by Adam Lopatka, Chairman/Rapporteur of the Working Group on a draft convention on the rights of the child » dans *Legislative History of the UNCRC*, United Nations, 2007 xxxvii, à la p xxxviii.

³²³ Buck, *supra* note 165 à la p 89.

³²⁴ Lopatka, *supra* note 322 à la p xxxviii.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*

bénéfice, notamment, des travaux menés en marge de l'Année internationale de l'enfant³²⁷. Incompatible avec une adoption dès l'année 1979, un tel projet requiert un processus de négociation afin que soit favorisée l'adhésion du plus grand nombre³²⁸.

1.1.2. *L'ambition d'une protection globale de l'enfant et de ses droits*

Quelques dix années seront nécessaires à l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant³²⁹, le 20 novembre 1989, trente ans exactement après l'adoption de la Déclaration des droits de l'enfant³³⁰. Au constat des insuffisances de celle-ci en matière de protection de l'enfant et de ses droits, la

³²⁷ *Ibid* à la p xlii.

³²⁸ Ouvert à tous les États membres des Nations Unies intéressés par le projet, celui-ci est présidé par le gouvernement de la Pologne dont la proposition de libellé, révisée en 1979, sert de base aux discussions qui s'amorcent. Coïncidant avec les négociations d'autres instruments internationaux également menées par la Commission des droits humains – et notamment de la Convention pour l'élimination de la torture et autres formes de traitements cruels, inhumains ou dégradants – les premières années du groupe de travail s'avèrent peu propices à l'avancement des discussions du projet de convention des droits de l'enfant. Aussi, les travaux du groupe ne commencent-ils réellement qu'en 1981. Le groupe de travail obtient, cette année-là, que de plus importantes ressources soient allouées aux discussions du projet de convention sur les droits de l'enfant. La durée et la fréquence des sessions sont ainsi augmentées et le groupe de travail s'assure le concours du Bureau des affaires légales des Nations Unies dans le processus de rédaction de la convention. Ce dernier suscite un intérêt croissant auprès des organisations non-étatiques et des agences spécialisées des Nations Unies. Ainsi, l'UNICEF, comme d'autres organisations et agences onusiennes, mandate-t-elle son propre expert, Philip Alston, pour assurer sa contribution aux discussions de la convention. L'UNICEF assure, en outre, un soutien financier d'importance aux activités du groupe de travail et ce dans l'espoir de voir la convention adoptée au plus tard en 1989, année du trentième anniversaire de la Déclaration des droits de l'enfant. Voir, notamment : *Ibid* à la p xxxviii.

³²⁹ Les activités de ce groupe de travail se voient nécessairement teintées par le contexte géopolitique dans lequel elles s'inscrivent. Aussi, Adam Lopatka – président du groupe de travail – relate que les tensions entre les États-Unis et l'Union soviétique s'immiscèrent souvent dans les négociations. Il nuance, cependant, l'incidence du contexte de guerre froide sur le déroulé des négociations et relève la constance de l'engagement des délégations envers un projet de traité qui rencontrerait l'adhésion la plus large possible et, partant, l'ouverture aux compromis que cela impliquait. Il écrit, à cet égard : « The cold war between the West and East also adversely affected the pace at which the draft took shape. Within the Commission on Human Rights itself there was tough competition between the United States and the Soviet Union. The delegates of certain countries used tactics of obstruction. For example, they submitted controversial proposals and then withdrew them when a consensus was finally reached after long and tedious discussions. Some representatives also submitted large numbers of proposals all at once which - as was clear from the outset - could not be considered in due time because they were too numerous. Although the proposals were certainly pertinent, it was necessary to find time to consider them. And indeed some of these proposals were adopted later. [...] The advancement of work on the draft depended on progress on other projects that were of particular importance to some Western States. They included the draft declaration on the elimination of all forms of intolerance and discrimination based on religion or belief adopted in 1981 and work on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment adopted in 1984 ». Voir : *Ibid* aux pp xxxviii-xxxix. L'organisation des discussions, incluant notamment le principe de consensus, de nombreuses relectures et évaluations du texte tant par des sous-comités de travail que par différents organes des Nations Unies, favorisa largement l'adoption du texte par l'Assemblée générale des Nations Unies. À cet égard, voir notamment : *Ibid* aux pp xl-xli.

³³⁰ La Convention rencontra une adhésion rapide des États membres des Nations Unies et seuls quelques mois furent nécessaires à son entrée en vigueur, le 2 septembre 1990.

Convention oppose une approche globale de protection des droits humains, traduite par la reconnaissance conjointe de droits économiques, sociaux et culturels (DESC) et de droits civils et politiques (DCP) en un même instrument de protection des droits humains³³¹. Droits qu'elle reconnaît tant à l'enfant comme sujet individuel qu'aux enfants comme groupe distinct. Dans le sillage de la spécialisation du droit international des droits humains, la Convention introduit ainsi l'enfance comme catégorie sociale à laquelle s'associe des besoins spécifiques de protection, incluant celle des droits de l'enfant. Elle formalise ainsi le glissement conceptuel qu'initiait la Déclaration de 1959 en consacrant la protection de l'enfance non plus comme seule exigence morale mais comme relevant d'obligations juridiquement contraignantes. En actant d'une reconnaissance de droits à l'enfant à titre individuel autant que collectif, la Convention engage, en outre, à une approche spécifique de protection de ces droits, adaptée aux besoins autant qu'aux intérêts et, notamment, fondée sur une considération de l'âge de l'enfant ou des enfants concerné.e.s. À l'âge, dès lors, s'attache une double fonction dans la Convention. Critère d'appartenance à la catégorie enfants, l'article 1 reconnaît comme tel quiconque est âgé de zéro à dix-huit ans³³². L'âge intervient également comme considération fondamentale de la mise en œuvre de leurs droits, tant à titre individuel que collectif. Aussi, David Archard et John Tobin estiment à cet égard :

[u]nlike other human rights treaties, the Convention adopts a presumption in favour of an age-based conception of childhood. This conception defines the scope of the Convention – those *to whom* the remaining articles apply. It does not spell out the content of those rights – what they are rights *to* – nor the manner in which they apply – that they apply equally and without discrimination to all children, in accordance with article 2. Article 1 simply and solely defines who is a child for the purposes of the Convention and thus determines who is entitled to the rights listed elsewhere in it³³³.

Par l'âge s'opère ainsi une distinction catégorielle entre « enfants » et « adultes », laquelle emporte des effets tant sur la nature des droits reconnus que sur les obligations de protection associées. Elle participe, en outre, de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits, comme individualité propre, dont les intérêts en sus des besoins peuvent être distincts de ceux des adultes, et notamment de ses parents ou tuteurs légaux.

³³¹ « The Convention contains not only civil and political rights but also social, economic and cultural rights. International law discourse used to refer to these as, 'first-' and 'second-generation' rights respectively. Lately, these labels have been dropped in deference to an increasing recognition that there should be no hierarchy of human rights, and that such rights are indivisible and interdependent ». Buck, *supra* note 224 à la p 87.

³³² CDE, *supra* note 24, art 1 se lisant comme suit : « Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Le libellé de l'article 1 dispose en des termes équivoques de la « définition » de l'enfant. Aussi, le troisième chapitre en proposera un examen plus complet, intéressant notamment la discussion de la qualité de sujet de droits reconnue par la Convention à l'enfant.

³³³ David Archard & John Tobin, « Art.1 The Definition of a Child » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 21, à la p 22, italiques des auteurs.

Et si la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits et de ses droits n'est pas univoque – et fera l'objet de plus amples discussions dans le troisième chapitre de cette étude – elle participe cependant du glissement conceptuel que formalise la Convention et qu'initiait, trente ans plus tôt, la Déclaration de 1959. À cet égard, Trevor Buck estime que :

The Convention is the first, comprehensive, rights-based international treaty specifically constructed to protect and enhance the position of children. It marks a step-change in the international law of children's rights. Prior to this treaty, the international community had begun to recognize the child at least as a legitimate 'object' of international law. The Convention goes further and recognizes the child as a more active 'subject' of international law who can be a holder of rights and participate in important decision making³³⁴.

Plutôt que récipiendaire passif de protection ou seul titulaire de droits, la Convention reconnaît ainsi l'enfant comme sujet à part entière, agent des droits qui lui sont garantis.

1.2. Distinguer l'enfance

En contrepoint des instruments antérieurs, la Convention formalise la reconnaissance de l'enfant tant comme sujet de droits – incluant celui à une protection spéciale – que comme appartenant à une catégorie sociale particulière. De la protection des droits de l'enfant, la Convention engage, dès lors, à une approche spécifique fondée non sur les seuls besoins mais sur les intérêts (1.2.1). Elle opère ainsi un glissement conceptuel dans la compréhension de l'enfance et de sa protection en l'envisageant par le prisme de son impermanence et du développement plutôt que par sa seule vulnérabilité (1.2.2).

³³⁴ Buck, *supra* note 224 à la p 87.

1.2.1. *Les droits de l'enfant à l'épreuve de l'ambivalence du « sujet » enfant*

Quelques trente ans après l'adoption de la Convention – et sa ratification quasi universelle –, la seule « idée » des droits de l'enfant demeure controversée³³⁵. De la littérature s'intéressant à ses fondements, John Tobin relevait en 2013 trois approches distinctes en ces termes :

The literature tends to fall into three broad camps – those who support the idea of rights for children because of its role in securing their dignity; those who oppose the idea of rights for children because of their lack of capacity; and those who oppose the idea because of concerns such as the impact of rights on the family structure, the Western origins of human rights, or a preference for alternative discourses such as obligations or an ethic of care³³⁶.

De la lettre de la Convention, chacune de ces trois approches pourrait se trouver justifiée. À la troisième, mettant notamment en exergue la famille comme structure sociale fondamentale, la Convention oppose la place essentielle qu'elle lui accorde en matière de protection de l'enfant. Elle reconnaît et protège des droits spécifiques aux parents et tuteurs légaux, lesquels incluent tant l'accès à des ressources économiques et sociales spécifiques que la reconnaissance formelle de leur rôle individuel de parents et de leurs prérogatives à ce titre. Aussi la Convention formalise-t-elle la reconnaissance en droit international tant d'une responsabilité que d'une autorité parentales. En cela, la Convention semble souscrire au constat d'un manque de capacités de l'enfant que mobilisent notamment les tenants de la deuxième approche. De ces derniers, la Convention se distancie cependant par les paramètres dans lesquels elle circonscrit cette autorité parentale et dont la manifestation la plus saillante tient probablement à l'inclusion du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le corpus qu'elle décline. Principe qui envisage, rappelons-le, qu'un enfant puisse être soustrait de son environnement familial le cas échéant que celui-ci le place dans une situation de vulnérabilité particulière – à la violence, aux abus physiques, psychologiques, à l'exploitation économique ou sexuelle, notamment. Aussi, la formalisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant au titre des droits déclinés par la Convention suggère-t-elle que celle-ci s'inscrit dans la première des trois approches distinguées par John Tobin, lequel considère notamment que :

there is an overlapping consensus as to the conceptual foundations of children's rights under the CRC. This consensus is facilitated by a conception of dignity in which all human beings, including children, have unique value and a conception of children as being vulnerable relative to adults *yet* possessing an evolving capacity for agency and autonomy. It is this conception of

³³⁵ John Tobin, « Justifying Children's Rights » (2013) 21:3 Int'l J Child Rts 395-441, à la p 396.

³³⁶ *Ibid.*

children, which is empirically grounded and socially constructed, that provides the foundation for the 'special' human rights that are granted to children under international law³³⁷.

Sinon de l'enfance ou de l'« idée » même de droits de l'enfant, la Convention procèderait d'une compréhension commune des fondements conceptuels des droits humains, de la dignité humaine. Du constat des lacunes du droit international en la matière procèderait, en l'occurrence, l'exigence d'un traité dédié à la protection de l'enfant et de ses droits, spécifique en ce qu'il tient compte des singularités de la condition d'enfant³³⁸. Cette exigence serait, ainsi, indépendante des difficultés à convenir d'une compréhension commune tant de ce qu'est l'enfance, l'« enfant » lui-même et comme sujet, que de cette « idée » de droits de l'enfant. Aussi, le défaut de définition univoque tant de l'« enfant » que de sa qualité de sujet dont témoigne, notamment, le libellé de l'article 1, n'entamerait ni la portée, ni la fonction, ni les fondements conceptuels de la Convention.

1.2.2. Envisager l'enfance par le prisme de son impermanence : l'âge comme critère fondamental des droits de l'enfant

À l'instar des instruments internationaux dans le sillage desquels elle se situe, la Convention postule d'emblée d'une vulnérabilité particulière à l'enfance³³⁹. De ce constat procède l'exigence de protection spéciale de l'enfant, il la justifie, la motive et participe de la distinction de l'enfance comme catégorie à protéger³⁴⁰. La Convention se distancie, cependant, des instruments antérieurs par son appréhension de la vulnérabilité attachée à l'enfance³⁴¹. Si elle est constatée et posée comme caractéristique de l'enfance, la vulnérabilité n'est pas, cependant, envisagée comme seule qualité distinctive, définitoire de l'enfance, mais

³³⁷ *Ibid*, nos italiques.

³³⁸ *Ibid*.

³³⁹ *CDE*, *supra* note 24, préambule, alinéa 9.

³⁴⁰ John Tobin, « Understanding Children's Rights: A Vision beyond Vulnerability » (2015) 84:2 *Nordic J Int'l L* 155-182, à la p 163.

³⁴¹ Dans un article paru en 2015, Kirsten Sandberg propose, à cet égard, d'interroger la compréhension de la vulnérabilité de l'enfant au bénéfice des théories de la vulnérabilité développées par Martha Albertson Fineman. Voir : Kirsten Sandberg, « The Convention on the Rights of the Child and the Vulnerability of Children » (2015) 84:2 *Nordic J Int'l L* 221-247. Les travaux de Martha Albertson Fineman sur la vulnérabilité intéressent particulièrement la compréhension des droits de l'enfant incluent, notamment : Martha Albertson Fineman, « The Social Foundations of Law » (2005) 54 *Emory LJ* 201-237; Martha Albertson Fineman, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition » (2008) 20:1 *Yale JL & Feminism* 1-23; Martha Albertson Fineman, « The Vulnerable Subject and the Responsive State » (2010) 60:2 *Emory LJ* 251-275; Martha Albertson Fineman, « Vulnerability, Resilience, and LGBT Youth Symposium: LGBT Youth: Reconciling Pride, Family, and Community » (2013) 23 *Temp Pol & Civ Rts L Rev* 307-330; Martha Albertson Fineman, « Vulnerability and Inevitable Inequality » (2017) 4:03 *Oslo L Rev* 133-149.

comme l'une de ses composantes³⁴². Engageant ainsi à ce que son constat ne soit pas mutuellement exclusif de la reconnaissance à l'enfant d'une titularité de droits – qu'établissait déjà la Déclaration de 1959³⁴³ –, de la protection de ces droits ainsi que la qualité de sujet – et, partant de la reconnaissance de ses capacités d'exercice de ses propres droits – qu'elle reconnaît à l'enfant. La Convention opère ainsi un glissement dans l'appréhension tant de l'enfance que de la vulnérabilité qui s'y trouve associée³⁴⁴. Celle-ci participe de l'enfance, la jalonne, sans toutefois la définir³⁴⁵. L'enfance, dès lors, n'est plus distinguée par sa vulnérabilité, entendu comme état monolithique, immuable, mais par le prisme de son impermanence et, ainsi, le développement qui la caractérise. Aussi, dès l'article 6, sont conjointement considérés les droits de l'enfant à la vie, à la survie et au développement, plaçant ce dernier sur un plan de première importance³⁴⁶. L'attention au développement de l'enfant traverse, ensuite, l'ensemble de la Convention et participe notamment des dispositions relatives aux obligations des États d'assurer les conditions matérielles d'existence des enfants favorables à leur développement³⁴⁷, en matière d'éducation³⁴⁸, d'accès aux soins de santé³⁴⁹ ou encore de protection contre l'exploitation économique³⁵⁰. La considération de l'âge justifie, nous l'avons vu, des obligations de protection spécifiques à certains de ses domaines d'application. Par ailleurs, la Convention réfère explicitement à l'obligation de tenir compte des « capacités évolutives » de l'enfant dans la mise en œuvre, l'interprétation et l'application des droits qu'elle énonce et protège³⁵¹. Elle engage, en outre, à ce que les capacités de l'enfant puissent être développées et ce, notamment, dans les dispositions relatives aux responsabilités, droits et devoirs des parents et tuteurs légaux à l'égard de l'enfant, de sa protection et de celle de ses droits³⁵².

³⁴² Tobin, « Understanding Children's Rights », *supra* note 340 à la p 179.

³⁴³ Rappelons cependant que la *Déclaration de 1959* n'envisageait aucunement que l'enfant puisse exercer ses droits de manière autonome. À cet égard, voir : Lavallée, *supra* note 108 à la p 34.

³⁴⁴ Tobin, « Understanding Children's Rights », *supra* note 340 à la p 164.

³⁴⁵ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 38.

³⁴⁶ *Ibid* à la p 39; *CDE*, *supra* note 24, art 6 se lisant comme suit:

1. Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.
2. Les États parties assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant.

³⁴⁷ *CDE*, *supra* note 24, arts 18, 26 et 27.

³⁴⁸ *Ibid*, arts 28, 29 et 31.

³⁴⁹ *Ibid*, arts 18(3), 23, 24, 26, 27 et 33.

³⁵⁰ *Ibid*, art 32.

³⁵¹ *Ibid*, arts 32(2), 37, 38, 40(3), notamment.

³⁵² À cet égard, l'article 5 mentionne : « Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, *d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités*, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention » L'article 14 de la Convention réitère cette obligation de « guider » l'enfant dans l'exercice de ses droits et, en l'occurrence, à la liberté de pensée, de conscience et de religion « d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ». *Ibid*, arts 5 et 14(2), nos italiques; voir également: Tobin, « Understanding Children's Rights », *supra* note 340 à la p 177; John Tobin & Sheila Varadan, « Art.5 The Right to Parental Direction

De toutes ses dispositions, celle relative au droit de participation traduit cependant le plus explicitement le glissement conceptuel qu'opère la Convention dans la compréhension de l'enfance³⁵³. Il établit, tout d'abord, la reconnaissance et la protection d'un droit de l'enfant d'être entendu³⁵⁴. En cela, la Convention envisage formellement l'enfant non seulement comme titulaire de droits mais aussi comme partie active – sinon autonome – de leur exercice³⁵⁵. Elle se distancie alors d'une compréhension de la vulnérabilité comme caractéristique définitoire de l'enfance³⁵⁶. Applicable « sans discrimination aucune »³⁵⁷, à l'instar des autres dispositions de la Convention, le droit de participation est reconnu à l'enfant et protégé quel que soit son âge³⁵⁸. L'article 12 spécifie cependant que l'exercice de ce droit par l'enfant est circonscrit à l'évaluation de « son degré de maturité » et de ses capacités de « discernement », sans toutefois préciser la teneur de ces deux notions³⁵⁹. L'âge semble néanmoins devoir intervenir comme critère d'interprétation de l'article 12 et, ainsi, de celle de l'exercice par l'enfant de ses propres droits. La détermination et l'évaluation des « degrés de maturité » et capacités de « discernement » distingués par l'article 12 comme critère d'applicabilité semblant laissés à la discrétion de ceux à qui incombe d'en déterminer. Critère le plus évident, l'âge intervient, dès lors, comme potentielle limite à l'exercice de leurs droits par les enfants et, partant, à l'effectivité même de la protection de leurs droits et de leur qualité de sujet³⁶⁰. L'article 12 illustrant ainsi l'ambivalence du sujet enfant, sa malléabilité et son appréhension dans une tension constante entre vulnérabilité et autonomie³⁶¹.

and Guidance Consistent with a Child's Evolving Capacities » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 159; Sheila Varadan, « The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child » (2019) 27:2 The International Journal of Children's Rights 306-338.

³⁵³ L'article 12 de la Convention se lit, rappelons-le, comme suit :

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

Varadan, *supra* note 352 à la p 307; Tobin, « Understanding Children's Rights », *supra* note 340 à la p 175; CDE, *supra* note 24, art 12, nos italiques.

³⁵⁴ *Observation générale no 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu*, 2009, Doc NU CRC/C/GC/12 au para 2.

³⁵⁵ *Ibid* au para 18.

³⁵⁶ Varadan, *supra* note 352 à la p 307.

³⁵⁷ CDE, *supra* note 24, art 2.

³⁵⁸ *Observation générale no 12*, *supra* note 354 aux para 20-21.

³⁵⁹ Varadan, *supra* note 352 à la p 307; CDE, *supra* note 24, art 12.

³⁶⁰ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 29; Tobin, *supra* note 335 à la p 401.

³⁶¹ David Archard & Marit Skivenes, « Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views » (2009) 17:1 The International Journal of Children's Rights 1-21, à la p 2.

Section 2 L'indétermination de l'article 3(1)

Décliné au titre des droits de l'enfant, distingué comme *principe général* de la Convention, à l'intérêt supérieur de l'enfant est désormais associé un rôle fondamental tant dans la protection de l'enfant que dans celle de ses droits. Incontournable, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'en demeure pas moins indéterminé. Et si la seule lettre de l'article 3 ne dit que peu de ce qu'il recouvre, l'examen des travaux préparatoires de la Convention permet, sinon de la pallier, d'esquisser quelque compréhension de l'indétermination de ce principe. Hérité de la Déclaration de 1959, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est formalisé par la Convention dans un libellé quelque peu distinct auquel s'attache une indétermination sémantique (2.1). La teneur des discussions intéressant ce libellé de l'article 3(1) témoigne, cependant, de l'indétermination conceptuelle que traduit l'indétermination sémantique du principe. En creux se manifeste les motifs de cette indétermination et ainsi son caractère délibéré (2.2).

2.1. De « la » à « une » considération primordiale : l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe controversé

Si elle en fait un principe général du corpus de droits qu'elle décline, la Convention adoptée en 1989 n'introduit pas, en droit international, la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant ». Celle-ci, à l'inverse, est empruntée à la Déclaration de 1959, dans le sillage de laquelle est d'emblée inscrite la Convention³⁶² (2.1.1). Entre les deux instruments s'opère, cependant, une altération du libellé associé au principe de l'« intérêt supérieur de l'enfant ». De « la » considération déterminante, l'intérêt supérieur de l'enfant devient, en 1989, « une » considération primordiale de toute décision intéressant les enfants. Objet d'importantes controverses au courant des négociations, ce glissement sémantique intéresse directement la portée du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et témoigne du changement de fonction qu'opère la Convention à cet égard (2.1.2).

³⁶² CDE, *supra* note 24, préambule, alinéa 2.

2.1.1. *L'intérêt supérieur de l'enfant comme « la » considération déterminante ou l'héritage de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959*

En 1959, la Déclaration des droits de l'enfant introduisait la notion d'intérêt supérieur de l'enfant en y référant par trois reprises. Associé à l'intérêt de la société par le préambule, l'« intérêt de l'enfant » devait constituer un guide dans l'interprétation des droits énoncés par la Déclaration de 1959. Une fonction que réitérait le septième principe, relatif au droit à l'éducation³⁶³. Aux termes du deuxième principe, de portée plus générale, la Déclaration énonçait que :

L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être *la* condition déterminante³⁶⁴.

À l'occasion du vingtième anniversaire de la Déclaration – marqué par la tenue de l'Année internationale de l'enfant en 1979 – émerge le projet d'une convention internationale dédiée à la protection de l'enfant et de ses droits³⁶⁵. À l'initiative du gouvernement de la Pologne, s'amorcent alors les discussions en ce sens³⁶⁶. Les circonstances, l'ambition que l'adoption d'un tel instrument se fasse rapidement, contribuent à inscrire d'emblée ce projet de convention dans le sillage de la Déclaration de 1959³⁶⁷. De celle-ci, le premier texte d'une future convention proposé par le gouvernement de la Pologne en 1978, reprend ainsi l'essentiel et, notamment, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant alors énoncé à l'article 2 en ces termes :

The child shall enjoy special protection and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be *the paramount consideration*³⁶⁸.

³⁶³ *Déclaration des droits de l'enfant*, *supra* note 34, principe 7.

³⁶⁴ *Ibid*, principe 2, nos italiques.

³⁶⁵ *Résolution 31/169 sur une Année internationale de l'enfant*, *supra* note 319.

³⁶⁶ Lettre d'Eugeniuz Wyzner, Représentant permanent de la Pologne auprès de l'Office des Nations Unies à Genève au directeur de la Division des droits humains, *Explanatory Memorandum* (joint à la lettre), Doc NU E/CN.4/1284, 18 janvier 1978, aux paras 2 et 3, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 31..

³⁶⁷ Lopatka, *supra* note 322 à la p xxxviii.

³⁶⁸ « 1978 Report of the Commission on Human Rights, 34th session, Doc NU E/CN.4/1292 » dans *Legislative History of the UNCRC*, à la p 335.

Suivant ce premier projet de convention, l'intérêt supérieur de l'enfant devrait-il ainsi constituer « la considération primordiale » de toutes les décisions concernant les enfants. Et si cette qualification de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas immédiatement remise en question, la seule inclusion du principe dans la partie opérative du traité soulève en 1978 quelques réticences³⁶⁹. Tandis que la représentation de la République Dominicaine suggère que la dernière partie du libellé soit affectée à une clause finale du traité³⁷⁰, celle de la France propose que l'ensemble de cet article 2 ne constitue qu'une déclaration préliminaire ou une recommandation annexe à la convention³⁷¹. Deux propositions qui seront rapidement écartées pour leur préférer l'inclusion du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la partie opérative du traité³⁷². Dès 1978, la portée de celui-ci soulève cependant quelques commentaires. Aussi, la représentation de la République fédérale d'Allemagne estime, notamment, que l'article 2 ne peut être considéré comme engageant les États parties au même titre que les dispositions relatives aux droits individuels et, partant, emporter les mêmes obligations positives de mise en œuvre³⁷³. La représentation de la Nouvelle-Zélande relève, quant à elle, le caractère équivoque de certaines expressions employées dans le libellé de cet article 2 et, notamment, « intérêt supérieur de l'enfant » et « protection spéciale » et considère que leur interprétation devra être laissée à la discrétion des États³⁷⁴. Aussi, l'inclusion du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à la partie opérative du traité soulève-t-elle, dès 1978, d'importantes préoccupations

³⁶⁹ « 1981 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1575 » dans *Legislative History of the UNCRC* à la p 339. « 1981 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1575 » dans *Legislative History of the UNCRC* à la p 339. Voir, également, la proposition conjointe de la France et de la République Fédérale d'Allemagne visant à ce que plusieurs articles, incluant l'article 2 (actuel article 3) soient reléguées au préambule ou des recommandations annexes et, notamment, en ces termes : « The following provision of the draft convention should not be included in the convention itself but set out in the preamble or in an annexed recommendation of pedagogical nature ». « 1979 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1469 » dans *Legislative History of the UNCRC*, à la p 337, au para 23(e), nos italiques.

³⁷⁰ « The last part of this article could constitute a final clause for the operative part of the convention, contained in a separate article reading as follows: "In order to achieve the purposes of the present Convention, the States Parties thereto shall, when enacting laws governing this subject in their respective countries, give paramount consideration to the best interests of the child". » Voir : Doc NU E/CN.4/1324, au para 2, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 335.

³⁷¹ « The provisions that would constitute a recommendation, such as article II, the first sentence of article VI and article X, might be included in a preliminary declaration or a recommendation annexed to the convention ». Voir : Doc NU E/CN.4/1324/Add.1, au para 4(a), cité dans *Ibid* à la p 336.

³⁷² « 1981 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1575 » dans *Legislative History of the UNCRC*, à la p 339.

³⁷³ À cet égard, la représentation de la République fédérale d'Allemagne émet, en 1978, la déclaration suivante sur la proposition d'article 2 : « Unlike the series of measures on the rights of the individual, article II, article IV (first and second sentences), article V, article VI (fourth sentence), article VII, paragraph 1 (second sentence), article VII, paragraph 3, article IX and article X (first sentence) can be considered only as undertakings on the part of States ». Voir : Doc NU E/CN.4/1324, au para 6, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 336.

³⁷⁴ « We accept the general intent of article II. However, we presume that key phrases such as "special protection", "healthy and normal manner" and "the best interests of the child" will be open, through the general terms in which they are couched, to varied interpretations and will in fact be defined nationally in terms of the laws and the child-rearing practices which are adopted and acceptable in that nation ». Voir : Doc NU E/CN.4/1324/Add.5, cité dans *Ibid*.

quant à la portée et au sens de ce principe³⁷⁵. Celles-ci préfigurent la teneur des discussions que suscitera le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les années suivantes, lesquelles se cristalliseront autour de l'article – « la » ou « une » – par lequel désigner la qualité de « considération primordiale » qui lui est associée.

2.1.2. *La Convention de 1989 ou le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale de toute décision le concernant*

En 1979 s'ouvrent les discussions en première lecture du groupe de travail dédié à l'élaboration d'une convention relative aux droits de l'enfant³⁷⁶. Le texte alors à l'étude, proposé par la Pologne qui assure également la présidence du groupe de travail, est une version révisée et allongée du premier projet de 1978³⁷⁷. À l'instar de celui-ci, il inclut une disposition dédiée au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dont le libellé, énoncé à l'article 3, se lit comme suit :

1. In all actions concerning children, whether undertaken by their parents, guardians, social or State institutions, and in particular by courts of law and administrative authorities, the best interest of the child shall be *the paramount* consideration.
2. The States Parties to the present Convention undertake to ensure the child such protection and care as his status requires, taking due account of the various stages of his development in family environment and in social relations, and, to this end, shall take necessary legislative measures.
3. The States Parties to the present Convention shall create special organs called upon to supervise persons and institutions directly responsible for the care of children³⁷⁸.

³⁷⁵ Au cours des travaux de première lecture, le sens à donner à l'expression "intérêt supérieur de l'enfant" est régulièrement interrogé. Voir, notamment la proposition conjointe de l'International Federation of Human Rights, de l'International Federation of Women in Legal Careers et de Pax Romana soumise à l'attention du groupe de travail en 1984, mentionnant notamment : « Because of its general nature, there is a danger that the best interests of the child as recognized in article 3 of the draft convention may induce States, when children are of dual origin, to give this concept a purely nationalist content and interpretation. Whereas this concept of the best interests of the child should in principle bring the legislations of the various States closer together, in this instance there is a possibility that it may drive them further apart. The convention would this be in danger of losing its universal character and its role as a reference instrument. ». Voir : Doc NU E/CN.4/1984/WG.1/WP.6 au para b), cité dans *Ibid*.

³⁷⁶ Lopatka, *supra* note 322 à la p xxxviii.

³⁷⁷ « Revised Polish Draft (1979), Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1349 » dans *Legislative History of the UNCRC*, à la p 337.

³⁷⁸ *Ibid* aux pp 337-338, nos italiques.

À ce libellé sont rapidement opposées quelques réserves, et notamment à l'égard du premier paragraphe faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant « the paramount consideration »³⁷⁹. Aussi, l'article 3(1) fait-il, dès 1980, l'objet de propositions d'amendements et, notamment, de la part de la délégation américaine en ces termes :

In all official actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, or administrative authorities, the best interests of the child shall be *a primary consideration*³⁸⁰.

Dès 1980, les discussions se cristallisent ainsi autour de la qualité de « considération primordiale » à accorder à l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant. Bien que plusieurs délégations estiment que le texte de l'article 3(1) tel que proposé par la Pologne emporte une protection de l'enfant plus conséquente que celui introduit par la délégation américaine³⁸¹, le groupe de travail, par souci de compromis, décide rapidement de considérer ce dernier comme base aux discussions qui suivront³⁸². À partir de 1981, le libellé de l'article 3(1) considéré par le groupe de travail est donc celui proposé par la délégation américaine et faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant « *a primary consideration* » (ou « une » considération primordiale) des décisions le concernant. Directement inspiré de ces considérations, le texte finalement adopté en 1989 se lit comme suit :

³⁷⁹ En 1980 est également soumise à l'attention du groupe de travail par la délégation australienne une proposition d'amendement des paragraphes 2 et 3 de l'article 3 allant comme suit :

2. The States parties to the present Convention undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his well-being, taking into account the rights and responsibilities of his parents and the stage of the child's development towards full responsibility and, to this end, shall take all necessary legislative and administrative measures.

3. The States parties to the present Convention shall ensure competent supervision of persons and institutions directly responsible for the care of children.

Voir : 1981 Report of the WG, *supra* note 372 à la p 339.

³⁸⁰ Dans sa version complète, la proposition de la délégation américaine se lit comme suit :

1. In all official actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, or administrative authorities, the best interests of the child shall be *a primary consideration*.

2. In all judicial or administrative proceedings affecting a child that has reached the age of reason, an opportunity for the views of the child to be heard as an independent party to the proceedings shall be provided, and those views shall be taken into consideration by the competent authorities.

3. Each State party to this Convention shall support special organs which shall observe and make appropriate recommendations to persons and institutions directly responsible for the care of children.

4. The States parties to this Convention undertake, through passage of appropriate legislation, to ensure such protection and care for the child as his status requires.

Ibid à la p 338, au para 20, nos italiques.

³⁸¹ *Ibid* à la p 339, au para 22.

³⁸² *Ibid*, au para 22.

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be *a primary consideration*³⁸³.

La qualification de l'intérêt supérieur de l'enfant comme « the paramount consideration » (« la » considération primordiale) ou « a primary consideration » occupa cependant longuement les discussions du groupe de travail³⁸⁴ – tant en première lecture (1979-1988) qu'en seconde lecture (1988-1989)³⁸⁵. Bien que plusieurs délégations se soient montrées enclines à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue « the paramount consideration », une telle acception emporta d'emblée des inquiétudes quant au champ d'application de ce principe³⁸⁶. D'aucuns estimèrent que l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait constituer « la » considération primordiale de toutes les décisions le concernant à condition que celles-ci soient précisément circonscrites, répondent à certains critères³⁸⁷. Aussi, l'enfant devrait-il être le principal – sinon le seul – concerné par les décisions en question pour que son intérêt ait préséance sur les autres intérêts potentiellement impliqués³⁸⁸. Ceux-ci retinrent particulièrement l'attention de tenants d'un libellé faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant « une » considération primordiale (« a primary consideration »). Le Rapport du Groupe de travail de 1981 relate, notamment, que :

A discussion ensued as to whether, *on general humanitarian grounds*, the best interests of the child should be the pre-eminent consideration in actions undertaken by his parents, guardians, social or State institutions³⁸⁹. [...] In the course of the discussion a speaker stated that the interests of the child should be a primary consideration in actions concerning children but *were not the overriding, paramount consideration in every case*, since other parties might have equal or even superior legal interests in some cases (e.g. medical emergencies during childbirth)³⁹⁰.

Que l'article 3(1) réfère explicitement aux parents et tuteurs légaux de l'enfant concerné souleva d'importantes discussions³⁹¹. Tandis que certaines délégations l'envisagèrent comme un gage de protection accrue pour l'enfant, d'autres interrogèrent la légitimité d'un traité international à imposer des obligations

³⁸³ CDE, *supra* note 24, art 3(1), nos italiques.

³⁸⁴ Aux fins de la présente discussion et dans la mesure où les travaux préparatoires ne recensent qu'en anglais la teneur des négociations de la Convention, seront associés, d'une part, « la » et « paramountcy » et, d'autre part, « une » et « primary ».

³⁸⁵ Pour le détail concernant le déroulement des travaux du Groupe de travail, voir : Lopatka, *supra* note 322 aux pp xxxviii-xlii.

³⁸⁶ 1981 Report of the WG, *supra* note 372 aux pp 338-341, et notamment aux paras 22-31.

³⁸⁷ *Ibid* à la p 339, au para 24.

³⁸⁸ *Ibid*, au para 24.

³⁸⁹ *Ibid*, au para 23.

³⁹⁰ *Ibid*, au para 24, nos italiques.

³⁹¹ *Ibid*, au para 23.

positives de mise en œuvre à des individus, absents des négociations³⁹². Il fut également estimé que l'usage du terme « paramount » conférait une portée trop large à l'intérêt supérieur de l'enfant pour que d'autres intérêts – incluant ceux des États eux-mêmes³⁹³ – puissent effectivement être considérés dans les décisions les concernant³⁹⁴. La persistance des objections mena finalement à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue, aux termes de l'article 3(1) tel qu'énoncé dans le texte de la Convention adopté en 1989, « une » considération primordiale de toute décision le concernant³⁹⁵.

2.2. L'intérêt supérieur de l'enfant comme principe indéterminé

Les travaux préparatoires témoignent d'une certaine cristallisation des discussions intéressant l'élaboration de l'article 3(1) autour de la qualité de considération primordiale à lui accorder, et ainsi du degré de contrainte à associer au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. À ce que recouvre cette expression intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'à la teneur du droit dont il participe, à l'inverse, ne fut accordée qu'une attention très marginale. L'article 3(1) dispose ainsi d'une norme indéterminée tant sur les plans sémantique que conceptuel (2.2.1). De celle-ci, cependant, se manifeste en creux le caractère délibéré, contenu notamment dans l'attention portée à son interaction avec les compétences souveraines des États en matière d'immigration et de citoyenneté (2.2.2).

³⁹² « The imposition of obligations on parents and guardians by an international convention was questioned, but the inclusion of obligations in this provision was felt by some delegations to provide greater protection for the child ». Voir : *Ibid*, au para 23.

³⁹³ Voir, notamment, les déclarations auprès du groupe de travail faites par les délégations du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de la République Fédérale d'Allemagne en 1984.

« 1984 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1984/71 » dans *Legislative History of the UNCRC*, à la p 342, aux paras 9 et 11.

³⁹⁴ 1981 Report of the WG, *supra* note 372 à la p 339, au para 23.

³⁹⁵ « 1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1989/48 » dans *Legislative History of the UNCRC*, à la p 346, au para 125.

2.2.1. *Entre glissement sémantique et indétermination conceptuelle : les difficultés interprétatives posées par l'article 3(1)*

Au terme des travaux de seconde lecture (1988-1989), les parties à l'élaboration de la Convention adoptent un libellé de l'article 3(1) faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant « une » considération primordiale des décisions le concernant. À cet égard, le Rapport du groupe de travail de 1989 mentionne :

In view of the strength of reservations voiced about making the interests of the child “the” primary consideration in all situations and taking into account the fact that the delegations which felt that it should be did not insist on this revision, consensus was reached to make the interests of the child only “a” primary consideration in all actions, as it had been in the text adopted during the first reading³⁹⁶.

De l'examen des travaux préparatoires, se manifeste une cristallisation des discussions intéressant l'élaboration de l'article 3(1) autour de la qualification, et ainsi de la portée, à associer au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En contrepoint, les travaux préparatoires traduisent la marginalité de l'attention au sens, à ce que recouvre l'expression intérêt supérieur de l'enfant³⁹⁷ et ainsi à la teneur du principe auquel il réfère et qu'énonce l'article 3(1)³⁹⁸. Et si l'importance de cet exercice de définition fut relevée dès 1978³⁹⁹ par les États eux-mêmes, elle ne fut que très marginalement abordée par le Groupe de travail⁴⁰⁰. Les discussions de celui-ci se concentrèrent, presque exclusivement, sur la seule qualification du principe comme « la » ou « une » considération primordiale des décisions intéressant l'enfant⁴⁰¹. Pourtant, dès les travaux de première lecture (1979-1988), les observateurs de la société civiles parties à l'élaboration de la Convention soulignèrent les difficultés interprétatives associées au défaut d'un examen commun du sens à accorder à l'expression intérêt supérieur de l'enfant :

³⁹⁶ *Ibid*, au para 125.

³⁹⁷ John Eekelaar & John Tobin, « Art.3 The Best Interests of the Child » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 73, à la p 77.

³⁹⁸ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 24. Et ce bien que le terme « enfant » ait largement mobilisé l'attention des parties à l'élaboration de la *Convention*.

³⁹⁹ Doc NU E/CN.4/1324/Add.5, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 336, nos italiques.

⁴⁰⁰ Aussi, le *Rapport du groupe de travail de 1989* mentionne-t-il que : « The representative of Venezuela suggested that, although her delegation was not opposed to the phrase “best interests of the child” being included in the final text, she however wished to draw attention to the subjectivity of the term, especially if the convention contained no prior stipulation that the “best interests of the child” were his all-round - in other words, physical, mental, spiritual, moral and social - development. That would mean leaving the interpretation of the “best interests of the child” to the judgement of the person, institution or organization applying the rule. In the ensuing debate a number of delegations expressed satisfaction with the phrase and the representative of Venezuela therefore withdrew her suggestion. ». note 395 à la p 345, au para 120, nos italiques.

⁴⁰¹ *Ibid* à la p 346, au para 125; voir également : *Ibid* à la p 345, au para 121.

Because of its general nature, there is a danger that the concept of the best interests of the child as recognized in article 3 of the draft convention may induce States, when children are of dual origin, to give this concept a purely nationalist content and interpretation. Whereas this concept of the best interests of the child should in principle bring the legislations of the various States closer together, in this instance there is a possibility that it may drive them further apart. The convention would thus be in danger of losing its universal character and its role as a reference instrument⁴⁰².

En sus de cette perméabilité interprétative aux intérêts particuliers des États dans la mise en œuvre de l'article 3(1) et du risque de voir ainsi minée l'ambition d'universalité attachée à la Convention, la révision technique du texte en 1988 mit en exergue les difficultés interprétatives intrinsèques au libellé⁴⁰³. Lesquelles furent notamment relevées par la délégation de l'UNICEF⁴⁰⁴ auprès du Groupe de travail en ces termes :

By stating that the child's best interest shall be "a primary consideration" this provision uses what amounts to a twofold qualification. The word "primary" implies that other considerations, although not deemed primary, may nevertheless be taken into account. The article "a" indicates that there may be several considerations, each of which is primary. The issue which arises by virtue of standards incorporated in other widely accepted human rights instruments is whether a single qualification is not sufficient. If this were considered to be the case, the wording could be changed to indicate that the child's best interests would be "the primary consideration"⁴⁰⁵.

⁴⁰² Commentaire conjoint de l'International Federation of Human Rights, de l'International Federation of Women in Legal Careers et de Pax Romana, émis auprès du groupe de travail en 1984. Voir : Doc NU E/CN.4/1984/WG.1/WP.6, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 341.

⁴⁰³ Pour le détail des commentaires émis lors de la révision technique de 1988, voir : *Ibid* aux pp 343-344.

⁴⁰⁴ L'UNICEF a été particulièrement impliquée dans l'élaboration de la *Convention* dès 1981. Aussi, Adam Lopatka relate que : « [d]uring the last stage of work on the draft convention, the Executive Director of UNICEF, James Grant, involved the organization, both physically and financially, in the process of completing the draft in order to finalize it before 1989, the thirtieth anniversary of the adoption of the Declaration of the Rights of the Child and the tenth anniversary of the International Year of the Child. The participation of such international organizations as the International Labour Organization, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the World Health Organization (WHO) and the International Committee of the Red Cross was becoming more and more conspicuous. Non-governmental organizations cooperated effectively under the umbrella of the NGO Group, for which Defence for Children International served as the secretariat. Each year the Group submitted a number of valuable proposals, of which many were adopted by the Working Group. Nongovernmental organizations also mounted an active international campaign in favour of the convention, organizing many seminars and conferences ». Voir : Lopatka, *supra* note 322 à la p xxxix.

⁴⁰⁵ Et d'ajouter : « In this regard, note might be taken of article 5 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women which obligates States Parties to take all appropriate measures: "(b) To ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases." Similarly, article 5 of the Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally, provides that: "In all matters relating to the placement of a child outside the care of the child's own parents, the best interests of the child, particularly his or her need for affection and right to security and continuing care, should be the paramount consideration." ». Voir : Doc NU E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1, aux pp 13-14 cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 343.

Que l'intérêt supérieur de l'enfant soit distingué par la Convention comme *une* considération néanmoins *primordiale* suggère une contradiction intrinsèque au libellé de l'article 3(1) et, ainsi que le souligne l'UNICEF, de potentielles incohérences en matière interprétative : l'intérêt supérieur de l'enfant relèverait d'une importance fondamentale à l'égard de laquelle pourraient néanmoins avoir préséance d'autres considérations. En sus du degré de considération accordé à cet intérêt supérieur de l'enfant, laissé à interprétation discrétionnaire, le défaut de définition de l'expression elle-même, de ce qu'elle implique *a minima*, emporte le risque que son interprétation ne procède que de la perception des adultes et/ou institutions et élude celle des enfants concernés⁴⁰⁶. Il semble ainsi se poser en contradiction avec la reconnaissance par la Convention – en son article 12 – du droit de l'enfant d'être entendu, dont la distinction comme *principe général* suggère par ailleurs qu'il doive être considéré dans la mise en œuvre des autres dispositions, incluant l'article 3(1)⁴⁰⁷.

Que l'essentiel des discussions intéressant l'article 3(1) se soit concentré sur la qualification à lui accorder dispose ainsi d'une indétermination tant sémantique que conceptuelle du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. De celle-ci, l'examen des travaux préparatoires tend à exclure la possibilité qu'elle ne relève que de considérations linguistiques ou de circonstances fortuites⁴⁰⁸. À l'inverse, les travaux préparatoires témoignent d'une attention des parties à l'élaboration de la Convention, et particulièrement des États, à éluder quelque exercice de définition de l'expression intérêt supérieur de l'enfant et, ainsi, de ce qu'elle recouvre en termes de protection de l'enfant et de ses droits.

2.2.2. *Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit « une » considération primordiale de toute décision le concernant à l'épreuve de la souveraineté étatique*

À l'égard du libellé de l'article 3(1) faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant « la » considération primordiale de toute décision l'intéressant fut à maintes reprises objectée l'importance à accorder aux « autres » intérêts

⁴⁰⁶ À cet égard, a également été relevée la proximité des expressions « intérêt supérieur de l'enfant » et « bien-être de l'enfant », entre des articles 3(1) et 3(2) en ce qu'elle suggère une distinction entre ces deux notions. Une distinction cependant établie sur le seul plan sémantique et que ni la lettre de la *Convention* ni l'examen des *travaux préparatoires* ne permettent de clarifier. Voir : Tobin, « Understanding Children's Rights », *supra* note 340 à la p 165.

⁴⁰⁷ *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

⁴⁰⁸ Elaine E Sutherland, « Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenges of Vagueness and Priorities » dans Elaine E Sutherland & Lesley-Anne Barnes Macfarlane, dir, *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 21; Michael Freeman, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 3: The Best Interests of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

pouvant être concernés – ceux des parents, et notamment au moment de la naissance de l'enfant⁴⁰⁹. De leurs propres intérêts à ce que le principe ne constitue qu'« une » considération primordiale, les États ne dirent finalement que peu de choses. Les travaux préparatoires permettent cependant de saisir, par bribes, quelque nature de ces intérêts et d'entrevoir celle des réserves que suscita le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris dans son libellé le moins contraignant. En première lecture de la Convention, ces réserves furent notamment émises dans les déclarations des représentants du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord⁴¹⁰ et de la République Fédérale d'Allemagne⁴¹¹.

Dans une déclaration au groupe de travail émise en 1984, en effet, le représentant du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord estima que plusieurs dispositions de la Convention – incluant l'article 3(1) faisant alors de l'intérêt supérieur de l'enfant « une » considération primordiale des décisions le concernant – étaient incompatibles avec le droit applicable au Royaume-Uni en matière de citoyenneté et d'immigration. Les dispositions distinguées par cette déclaration concernaient, également, les droits de l'enfant à un nom et une nationalité⁴¹², à la réunification familiale⁴¹³, à la place de la famille dans l'éducation et le développement des enfants⁴¹⁴ ainsi qu'au droit de l'enfant à ne pas être séparé de sa famille⁴¹⁵. De cette dernière disposition, le représentant du Royaume-Uni estima qu'elle n'était pas :

compatible with United Kingdom immigration legislation because the parents of a child who did not have rights of residence in the United Kingdom could not determine that he should live there unless he qualified for residence under United Kingdom immigration rules. [...] Certain of those draft provisions were difficult or even impossible to reconcile with his country's law and practice⁴¹⁶.

⁴⁰⁹ 1981 Report of the WG, *supra* note 372 à la p 339, aux paras 23 et 24.

⁴¹⁰ 1984 Report of the WG, *supra* note 393 à la p 342, au para 9.

⁴¹¹ *Ibid*, au para 11.

⁴¹² Aux termes du projet révisé de convention soumis à l'attention du Groupe de travail, le libellé de l'article 2(2), relatif au droit de l'enfant à un nom et à une nationalité se lisait comme suit : « The States parties to the present Convention undertake to introduce into their legislation the principle according to which a child shall acquire the nationality of the State in the territory of which he has been born if, at the time of the child's birth, the application of the proper national law would not grant him any nationality whatever ». Dans la Convention adoptée en 1989, le droit à un nom et à une nationalité est énoncé à l'article 7. Voir : 1981 Report of the WG, *supra* note 372 à la p 373, au para 12.

⁴¹³ Article 10 de la Convention, alors article 6 du projet étudié par le Groupe de travail. Voir : *Ibid* aux pp 411-415.

⁴¹⁴ Article 18 de la Convention, alors article 8 du projet étudié par le Groupe de travail. Voir : *Ibid* à la p 504.

⁴¹⁵ Article 9 de la Convention, alors article 6 du projet étudié par le Groupe de travail. Voir : *Ibid* à la p 393.

⁴¹⁶ « The representative of the United Kingdom stated that, even as a State participating in the work of the open-ended Working Group, his delegation continued to have difficulties with some of the articles already adopted (e.g. articles 2, paragraph 1, 3, paragraph 1, 4, paragraph 1, 6 and 8, paragraphs 1 and 2). Article 2, paragraphs 1 and 2, caused difficulties in relation to United Kingdom nationality law. Article 6, paragraph 1, as currently drafted was not compatible with United Kingdom immigration legislation because the parents of a child who did not have rights of residence in the United Kingdom could not determine that he should live there unless he qualified for residence under

Dans le sillage de cette déclaration, la représentation de la République Fédérale d'Allemagne en émit une similaire, la même année⁴¹⁷. Partageant les préoccupations du Royaume-Uni, elle releva notamment que les dispositions de la Convention relatives au droit de l'enfant à un nom et une nationalité « posed problems with regard to his country's nationality law »⁴¹⁸, de même que celles concernant le droit de l'enfant de ne pas être séparé de sa famille considérées comme « not compatible with the Federal Republic's immigration legislation »⁴¹⁹. Sans entamer leurs intentions d'adhérer à la Convention⁴²⁰, chacune des deux représentations précisa que ces dispositions, si elles devaient demeurer telles quelles, engageraient leurs gouvernements respectifs à émettre des réserves et déclarations interprétatives et, notamment, « to deal with the aforementioned difficulties over immigration and nationality »⁴²¹.

Des discussions intéressantes l'article 3(1) se manifeste, par ces deux déclarations, l'attention des États à ce que les dispositions de la Convention n'interfèrent pas avec l'exercice de leurs compétences souveraines. En associant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant aux droits de l'enfant à un nom, à une nationalité, à la réunification familiale et à ne pas être séparé de sa famille, ces deux déclarations suggèrent cependant une attention particulière des États à la préservation de leurs compétences en matière d'immigration et de citoyenneté. Deux champs de compétences qui furent, en l'occurrence, mobilisés pour justifier d'une préférence envers le libellé de l'article 3(1) le moins contraignant, faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant *une* considération primordiale des décisions le concernant. Deux champs de compétences dont la distinction contribua à l'indétermination – tant sémantique que conceptuelle – d'un principe fondamental de la Convention et interrogent, plus largement, les limites de la protection de l'enfant, de ses droits, et leur

United Kingdom immigration rules. In addition, draft articles 3, paragraph 1, 4, paragraph 1, 6, paragraphs 2 and 3, 6 bis, paragraphs 2 and 3, and 8, paragraphs 1 and 2, all posed problems in relation to United Kingdom immigration law. Certain of those draft provisions were difficult or even impossible to reconcile with his country's law and practice. Nevertheless, his delegation had joined the consensus at the Working Group in recognition of the efforts made by other delegations to get an acceptable draft completed and available for comment by Member States with as little delay as possible. However, the United Kingdom thought it important that all States, including those which had not participated in the Working Group, should have an opportunity to consider and comment on those articles after the current drafting exercise was concluded. If, after the drafting was completed and notwithstanding that certain parts of the text remained substantially as they were now, the United Kingdom authorities were nevertheless to consider that they could proceed to signature and ratification, his delegation foresaw that there would be a need to enter reservations and declarations, in particular to deal with the aforementioned difficulties over immigration and nationality ». Voir: 1984 Report of the WG, *supra* note 393 à la p 342, au para 9.

⁴¹⁷ *Ibid*, au para 11.

⁴¹⁸ *Ibid*, au para 11.

⁴¹⁹ *Ibid*, au para 11.

⁴²⁰ *Ibid*, au para 9.

⁴²¹ À cet égard, la déclaration de la République Fédérale d'Allemagne mentionne: « Should article 2, paragraph 2, and article 6, paragraphs 1 and 2, be retained in their present form during the forthcoming deliberations in spite of the concerns of some delegations, and should the draft convention be opened for signature and ratification in that form, his Government might feel obliged to enter reservations to both articles ». Voir: *Ibid*, au para 9.

éventuelle subordination tant à la citoyenneté qu'à un statut légal au sein de la juridiction de l'État concerné par sa mise en œuvre⁴²².

Section 3 La mise en œuvre de l'article 3(1)

Du libellé de l'article 3(1) comme de l'examen des travaux préparatoires se décline quelque compréhension des motifs de l'indétermination – tant sémantique que conceptuelle – du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. La distinction de celui-ci comme *principe général* de la Convention, d'importance fondamentale dans l'interprétation des droits de l'enfant, se pose en contrepoint de l'indétermination qu'il recouvre ; interrogeant, dès lors, la portée du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, les implications de son indétermination dans sa mise en œuvre comme droit de l'enfant. Relativement éludées au cours des dix années que dura l'élaboration de la Convention, ces considérations jalonnent cependant les travaux du Comité des droits de l'enfant. Saisi de ses compétences interprétatives, celui-ci s'attache à circonscrire les modalités dans lesquelles s'opère l'intérêt supérieur de l'enfant comme droit de l'enfant. Au bénéfice, notamment, de l'Observation générale no 14 émise en 2013 et dédiée à l'interprétation de l'article 3(1) se distinguent ainsi les paramètres de l'indétermination de l'intérêt supérieur de l'enfant et la teneur de celui-ci (3.1). Ceux-ci mettent notamment en exergue l'importance du droit de participation – énoncé à l'article 12 de la Convention – tant dans la compréhension du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant que dans sa mise en œuvre (3.2).

⁴²² Bhabha, « The Child », *supra* note 18.

3.1. Interpréter l'intérêt supérieur de l'enfant : l'apport des travaux du Comité des droits de l'enfant

Dès 2003, l'article 3(1) énonçant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant était distingué par le Comité comme l'un des quatre *principes généraux* de la Convention – et ce, aux côtés des droits à la vie, à la survie et au développement, à la non-discrimination et du droit de l'enfant d'être entendu⁴²³. Objectant à une hiérarchisation des droits déclinés par la Convention – par ailleurs interdépendants et indivisibles⁴²⁴ – le Comité relevait néanmoins le rôle fondamental de ces quatre principes dans l'interprétation et la mise en œuvre des droits de l'enfant et engageait ainsi à leur constante considération⁴²⁵. En 2013, le Comité dédiait cependant son Observation générale no 14 au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dont la considération souvent conjointe des autres principes généraux de la Convention tendait à inhiber la singularité⁴²⁶. De l'article 3(1), le Comité proposait alors une interprétation déclinée autour des trois qualités qu'il distingue comme constitutives de l'intérêt supérieur de l'enfant (3.1.1). Informant la teneur de ce principe, l'interprétation tripartite qu'en propose le Comité permet également de circonscrire la compréhension de sa mise en œuvre, des paramètres dans lesquels il opère et, ainsi, de ceux de son indétermination (3.1.2).

3.1.1. *L'intérêt supérieur de l'enfant comme concept « triple »*

À la qualité de *principe général* de l'article 3(1) s'attache, nécessairement, sa permanence dans l'interprétation et la mise en œuvre de l'ensemble des droits garantis par la Convention⁴²⁷. En 2013, le Comité constate, néanmoins, la persistance des difficultés de compréhension de ce que constitue l'intérêt supérieur de l'enfant. Il entend, dès lors, proposer un guide à l'interprétation de ce « concept dynamique » qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant et, partant, à son évaluation et sa mise en œuvre⁴²⁸. Le Comité convient cependant d'emblée de la difficulté d'en établir une compréhension univoque, également applicable à chaque contexte⁴²⁹. Il décline ainsi une interprétation en triptyque de l'article 3(1), articulée autour des qualités de *principe juridique interprétatif fondamental*, de *droit de fond*, et de *règle de procédure* qu'il

⁴²³ *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

⁴²⁴ *Ibid* au para 6.

⁴²⁵ *Ibid* aux para 6, 9 et 12.

⁴²⁶ *Observation générale no 14*, *supra* note 30.

⁴²⁷ *Ibid* au para 4.

⁴²⁸ *Ibid* au para 9.

⁴²⁹ *Ibid* au para 10. « L'intérêt supérieur de l'enfant est un concept dynamique qui embrasse diverses questions en constante évolution. La présente Observation générale apporte un cadre pour évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ; elle n'a pas pour ambition de prescrire ce qui est le mieux pour un enfant dans une situation donnée à un moment donné. »

distingue comme constitutives de l'intérêt supérieur de l'enfant – et d'égale importance dans sa compréhension⁴³⁰.

Aux termes du Comité, tout d'abord, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un *principe juridique interprétatif fondamental*⁴³¹ en ce qu'il « vise à assurer tant la réalisation complète de tous les droits reconnus dans la Convention que le développement global de l'enfant »⁴³². Engageant à considérer que tous les droits énoncés par la Convention sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁴³³, le Comité estime qu'aucun d'entre eux « ne saurait être compromis par une interprétation négative »⁴³⁴ de l'article 3(1). Celui-ci exigeant, dès lors, que l'interprétation « qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant »⁴³⁵ soit privilégiée, le cas échéant qu'une disposition se prête à plusieurs interprétations⁴³⁶. L'intérêt supérieur de l'enfant est ensuite distingué comme constituant un *droit de fond*⁴³⁷. Contraignant, l'article 3(1) « crée une obligation intrinsèque pour les États, [laquelle] est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué[e] devant un tribunal »⁴³⁸. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue ainsi un droit de fond, en ce qu'il est justiciable⁴³⁹ et crée une « garantie de mise en œuvre » dont l'effectivité incombe aux États parties à la Convention⁴⁴⁰. Enfin, le Comité considère que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une *règle de procédure*⁴⁴¹. À ce titre, l'article 3(1) emporte ainsi une obligation positive d'évaluation et de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, applicable à tout processus décisionnel dont l'issue peut avoir des incidences – lesquelles doivent être évaluées⁴⁴² – sur un enfant en particulier, un groupe d'enfants distinct ou les enfants comme groupe général⁴⁴³. Cette obligation positive de due considération de l'intérêt supérieur de l'enfant engage ainsi des « garanties »⁴⁴⁴ que le Comité décline en deux catégories distinctes : les « sauvegardes procédurales »⁴⁴⁵, d'une part, et les « considérations de fond »⁴⁴⁶, d'autre part. Tandis que les premières informent les modalités dans lesquelles devrait s'effectuer toute procédure d'évaluation et de

⁴³⁰ *Ibid* au para 4.

⁴³¹ *Ibid* au para 6(b).

⁴³² *Ibid* au para 4.

⁴³³ *Ibid*.

⁴³⁴ *Ibid*.

⁴³⁵ *Ibid* au para 6(b).

⁴³⁶ Le Comité précise, à cet égard, que « [l]es droits consacrés dans la Convention et dans les Protocoles facultatifs s'y rapportant constituent le cadre d'interprétation ». *Ibid*.

⁴³⁷ *Ibid* au para 6(a).

⁴³⁸ *Ibid*.

⁴³⁹ *Ibid*; *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 11.

⁴⁴⁰ *Observation générale no 14*, *supra* note 30 aux para 13 et 14.

⁴⁴¹ *Ibid* au para 6(c).

⁴⁴² *Ibid* au para 6(c) et 14(c).

⁴⁴³ *Ibid* aux para 22, 23 et 24.

⁴⁴⁴ *Ibid* au para 6(a).

⁴⁴⁵ *Ibid* aux para 85-99.

⁴⁴⁶ *Ibid* aux para 52-79.

détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁴⁷, les secondes – déclinées en une « liste non-exhaustive et non-hiérarchisée »⁴⁴⁸ – établissent les éléments devant, *a minima*, être considérés et évalués par une telle procédure⁴⁴⁹.

En contrepoint de l'indétermination sémantique et conceptuelle que manifestent le libellé de l'article 3(1) autant que l'examen des travaux préparatoires intéressant son élaboration, l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant que propose le Comité informe la teneur de ce droit et *principe général* de la Convention. Distingué comme *principe juridique interprétatif fondamental, droit de fond, et règle de procédure*, l'intérêt supérieur de l'enfant compose un droit transversal, justiciable, engageant des obligations positives de mise en œuvre autant qu'à considérer l'interdépendance et l'indivisibilité des droits qu'énonce et protège la Convention⁴⁵⁰. En s'intéressant aux modalités dans lesquelles s'opère la mise en œuvre de l'article 3(1), l'interprétation qu'en propose le Comité permet, en outre, d'informer la compréhension de ce qu'implique l'indétermination attachée au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

3.1.2. *Les obligations de mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant ou les paramètres de l'indétermination du principe*

À titre de *règle de procédure*, l'article 3(1) emporte une *obligation positive* d'évaluation et de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant – incombant aux États parties, aux autorités et organismes publics qui agissent en leur nom⁴⁵¹ – engageant à la mise en place de dispositifs formels et de « sauvegardes procédurales ». En cela, elle doit être menée suivant une procédure rigoureuse⁴⁵², à laquelle il importe d'accorder un « rang de priorité élevé »⁴⁵³ de sorte de tenir compte de la *perception du temps* particulière des enfants⁴⁵⁴. Au concours de *professionnels qualifiés*⁴⁵⁵, cette procédure doit être fondée sur

⁴⁴⁷ *Ibid* au para 87.

⁴⁴⁸ *Ibid* au para 50.

⁴⁴⁹ *Ibid* aux para 50-51.

⁴⁵⁰ *Ibid* au para 16.

⁴⁵¹ En cela, le Comité n'envisage pas qu'une telle procédure doive s'appliquer aux décisions concernant les enfants prises quotidiennement par les personnes privées, parents, tuteurs, enseignants, notamment. *Ibid* au para 25.

⁴⁵² *Ibid* aux para 86-87.

⁴⁵³ *Ibid* aux para 39, 40 et 93, aux paras 39, 40 et 93.

⁴⁵⁴ *Ibid* au para 93.

⁴⁵⁵ Aux termes du Comité, ces *professionnels qualifiés* doivent disposer de « compétences en matière de développement de l'enfant et de l'adolescent » les rendant « aptes à examiner de manière objective l'information reçue ». Ils doivent, en outre, contribuer à « l'évaluation des conséquences des diverses solutions envisageables », laquelle « doit avoir pour fondement des connaissances générales (à savoir en droit, sociologie, éducation, travail social, psychologie, santé, etc.) sur les conséquences probables pour l'enfant de chacune de ces solutions, eu égard aux

*l'établissement des faits*⁴⁵⁶ et exige que soit respecté le *droit de l'enfant d'exprimer son opinion*⁴⁵⁷. Aussi, la communication avec l'enfant doit-elle être initiée de sorte de « favoriser [sa] participation judiciaire »⁴⁵⁸. En cela, il devrait notamment être informé des modalités et délais afférents à la procédure, des ressources dont il dispose, des solutions envisagées et de leurs incidences⁴⁵⁹. *L'opinion de l'enfant* devrait, en outre, être expressément sollicitée⁴⁶⁰ et, le cas échéant qu'elle soit exprimée – directement ou par l'entremise d'un représentant⁴⁶¹ –, recouvrir une importance de premier ordre dans l'évaluation et la détermination de son intérêt supérieur. Aussi, l'enfant doit-il pouvoir bénéficier d'une *représentation juridique* adéquate et indépendante, notamment lorsque l'évaluation de son intérêt supérieur participe d'une procédure administrative ou judiciaire emportant un risque de conflit entre les intérêts des parties⁴⁶². Au terme de la procédure, la décision rendue doit s'appuyer sur un *raisonnement juridique*, être « motivée, justifiée et expliquée »⁴⁶³ et rendre précisément compte des éléments ayant été considérés⁴⁶⁴ – ainsi que des modalités de leur examen – dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁶⁵. L'exposé des motifs à la décision devant, en outre, clairement exprimer la considération accordée à l'opinion de l'enfant et, le cas échéant, les raisons précises pour lesquelles la décision s'y oppose⁴⁶⁶. Enfin, le Comité précise que les sauvegardes procédurales qu'emporte l'intérêt supérieur de l'enfant impliquent la mise en place par les États d'un *mécanisme de réexamen ou de révision des décisions* en matière d'évaluation et de détermination de celui-ci⁴⁶⁷. Ce dont l'enfant lui-même devrait être informé, ainsi que des procédures afférentes à ces mécanismes de réexamen et révision des décisions le concernant⁴⁶⁸. À une échelle distincte, le Comité rappelle que « l'adoption de toute mesure d'application doit aussi se faire selon une procédure garantissant que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale » et, partant, faire l'objet d'une *étude d'impact sur les droits de l'enfant*⁴⁶⁹.

caractéristiques propres de l'enfant et à l'expérience acquise » *Observation générale no 14, supra* note 30, aux paras 92, 94 et 95.

⁴⁵⁶ Lequel est informé par le recueil d'informations pertinentes qui « doivent être vérifiées et analysées avant de servir à évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants ». *Ibid* au para 92.

⁴⁵⁷ *Observation générale no 14, supra* note 30, aux paras 89-90.

⁴⁵⁸ *Ibid* au para 89.

⁴⁵⁹ *Ibid*.

⁴⁶⁰ *Ibid*.

⁴⁶¹ *Ibid* au para 90.

⁴⁶² *Ibid* au para 96.

⁴⁶³ *Ibid* au para 97.

⁴⁶⁴ *Ibid*.

⁴⁶⁵ *Ibid*.

⁴⁶⁶ *Ibid*.

⁴⁶⁷ *Ibid* au para 98.

⁴⁶⁸ *Ibid*.

⁴⁶⁹ Celle-ci doit permettre que soient considérées les conséquences de tout projet de loi, règlement, politique, décision budgétaire ou administrative « sur les enfants et l'exercice de leurs droits et devrait compléter le dispositif en place de

En sus d'une attention aux sauvegardes procédurales qu'emporte la qualité de « règle de procédure » de l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité décline un corpus de sept *considérations de fond* – d'importance équivalente – devant en informer l'évaluation et la détermination⁴⁷⁰. Aussi, celle-ci doit-elle tenir compte de *l'identité de l'enfant*⁴⁷¹, de laquelle le Comité engage à une compréhension globale, incluant notamment « le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, la religion et les convictions, l'identité culturelle et la personnalité »⁴⁷². Plutôt que les seuls « besoins fondamentaux universels » des enfants comme catégorie⁴⁷³, doivent ainsi être considérées la singularité de l'enfant⁴⁷⁴, les *situations de vulnérabilité* qui le concernent spécifiquement ainsi que le corpus normatif international pertinent en la matière et, notamment, en cas de vulnérabilité liée au handicap⁴⁷⁵. Aussi, le *droit de l'enfant à la santé* doit-il occuper une « place centrale » dans l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant et exige, notamment, de « fournir aux enfants une information suffisante et adaptée leur permettant de comprendre la situation et tous les aspects pertinents avec leurs intérêts et les autoriser, si possible, à donner leur consentement éclairé »⁴⁷⁶. Rappelant « l'obligation incombant à l'État d'assurer à l'enfant la protection nécessaire à son bien-être » qu'emporte l'article 3(2) de la Convention⁴⁷⁷, le Comité engage à envisager les modalités de *prise en charge, protection et sécurité de l'enfant* dans l'évaluation et la détermination de son intérêt supérieur et ce, suivant une compréhension large et non-limitative de l'expression « la protection et les soins »⁴⁷⁸. Du « bien-être » de l'enfant, le Comité estime ainsi qu'il recouvre « la satisfaction de ses besoins matériels, physiques, éducatifs et affectifs, ainsi que de ses besoins d'affection et de sécurité »⁴⁷⁹. En cela, il implique notamment de considérer le droit de l'enfant à l'éducation et les obligations qui incombent aux États à cet égard, incluant d'assurer l'accès gratuit à un enseignement de qualité⁴⁸⁰. Dans l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, cela implique notamment que soient appréciées tant la « sécurité et l'intégrité de l'enfant au moment considéré »⁴⁸¹ que les conséquences de la décision sur celles-ci et, partant, « [d']éventuels risques que l'enfant pourrait courir et [...] atteintes dont il pourrait être victime à

suivi et d'évaluation de l'impact des mesures prises sur les droits de l'enfant ». Le Comité précise à cet égard que l'étude d'impact sur les droits de l'enfant devrait être « partie intégrante des processus gouvernementaux à tous les niveaux et intervenir le plus tôt possible dans l'élaboration des politiques et autres mesures générales afin d'assurer une bonne gouvernance en matière de droits de l'enfant ». Elle devrait, en outre, impliquer la participation des enfants eux-mêmes et être informée par l'expertise de la société civile, et des travaux universitaires. *Ibid* au para 99.

⁴⁷⁰ *Ibid* au para 50.

⁴⁷¹ *Observation générale no 14, supra* note 30, aux paras 55-57.

⁴⁷² *Ibid* au para 55.

⁴⁷³ *Ibid*.

⁴⁷⁴ *Ibid* au para 49.

⁴⁷⁵ *Observation générale no 14, supra* note 30, aux paras 75-76.

⁴⁷⁶ *Ibid* au para 77.

⁴⁷⁷ *Ibid* au para 71.

⁴⁷⁸ *Ibid*.

⁴⁷⁹ *Ibid*.

⁴⁸⁰ *Ibid* au para 79.

⁴⁸¹ *Ibid* au para 74.

l'avenir »⁴⁸². Aussi, la *préservation du milieu familial et du maintien des relations*⁴⁸³ doit-elle être considérée tant eu égard au droit de l'enfant de ne pas être séparé de sa famille⁴⁸⁴, à l'importance de celle-ci dans le développement de l'enfant qu'aux obligations qui incombent à l'État en la matière⁴⁸⁵. Enfin, le Comité estime que « toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l'enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d'influer sur la détermination de leur intérêt supérieur »⁴⁸⁶. *L'opinion de l'enfant* étant ainsi distinguée par le Comité tant comme considération de fond que comme sauvegarde procédurale de l'obligation positive d'évaluation et de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.

3.2. Le droit de participation dans l'intérêt supérieur de l'enfant

Introduit par la Convention, dont il constitue certainement l'un des apports les plus significatifs, le droit de l'enfant d'être entendu recouvre une importance fondamentale – tant comme *considération de fond* que comme *sauvegarde procédurale* – dans la mise en œuvre et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. La compréhension de celui-ci engage, dès lors, à s'attacher à celle du droit d'être entendu dont dispose l'article 12 de la Convention. De l'interprétation qu'en propose le Comité dans son Observation générale no 12 dédiée⁴⁸⁷, le droit de l'enfant d'être entendu est ainsi distingué comme « méthode » de la mise en œuvre de l'article 3(1) (3.2.1). Entre ces deux droits semble ainsi s'opérer une relation de réciprocité mettant en exergue la qualité de sujet de droits que reconnaît à l'enfant la Convention ainsi que l'interdépendance et l'indivisibilité des droits et protections qu'elle consacre (3.2.2).

⁴⁸² *Ibid* aux para 74 et 84.

⁴⁸³ *Ibid* aux para 58-70.

⁴⁸⁴ *Ibid* au para 60.

⁴⁸⁵ *Ibid* aux para 61-64 et 67.

⁴⁸⁶ Il précise, en outre, que le « très bas âge de l'enfant ou sa situation de vulnérabilité (handicap, appartenance à un groupe minoritaire, migrant, par exemple) » n'entame pas le droit de l'enfant à voir son opinion considérée mais exige que soient mises en place des mesures spécifiques garantissant à l'enfant l'exercice de ce droit. *Observation générale no 14, supra* note 30, aux paras 53-54.

⁴⁸⁷ *Observation générale no 12, supra* note 354.

3.2.1. L'article 12 comme « méthode » de la protection et de la mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant

Dans la protection et la mise en œuvre du droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale de toute décision le concernant (art.3(1)), le droit de l'enfant d'être entendu (art.12) constitue une obligation positive et recouvre une importance fondamentale⁴⁸⁸. Celle-ci met en exergue les liens intrinsèques existants entre ces deux droits et à l'égard desquels le Comité estime notamment :

Il n'y a pas de conflit entre les articles 3 et 12; ils énoncent deux principes généraux qui ont un rôle complémentaire: le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour atteindre l'objectif d'entendre l'enfant ou les enfants. De fait, l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les composantes de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie⁴⁸⁹.

De cette méthode que constitue l'article 12⁴⁹⁰ le Comité s'attachait en 2009 à « faire mieux comprendre la signification [...] et ses implications »⁴⁹¹. En sa qualité de *principe général* de la Convention, tout d'abord, le droit de l'enfant d'être entendu « constitue l'une des valeurs fondamentales de la Convention »⁴⁹² et doit, à ce titre, « être pris en compte dans l'interprétation et l'application de tous les autres droits »⁴⁹³ que protège la Convention. Reconnu à titre individuel autant que collectif, le droit de l'enfant d'être entendu exige ainsi des États qu'ils considèrent « les enfants comme groupe devant être entendu »⁴⁹⁴. Bien que les modalités de mise en œuvre de l'article 12 soient quelque peu distinctes selon qu'il s'agisse de considérer le droit *d'un* enfant ou *des* enfants d'être entendu⁴⁹⁵, l'article 12 de la Convention doit être envisagé comme disposant

⁴⁸⁸ *Observation générale no 14, supra* note 30 au para 43.

⁴⁸⁹ *Observation générale no 12, supra* note 354 au para 74.

⁴⁹⁰ *CDE, supra* note 24, art 12, se lisant comme suit:

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

⁴⁹¹ *Observation générale no 12, supra* note 354 au para 8.

⁴⁹² *Ibid* au para 2.

⁴⁹³ *Ibid* au para 12.

⁴⁹⁴ *Ibid* au para 10.

⁴⁹⁵ À cet égard, le Comité estime que « [c]ette distinction [entre individu et groupe] s'impose car la Convention dispose que les États parties doivent garantir le droit de l'enfant d'être entendu eu égard à son âge et à son degré de maturité. [...] Même lorsqu'il est difficile d'évaluer l'âge et la maturité, les États parties devraient considérer les enfants comme groupe *devant être entendu* ». *Ibid* aux para 9 et 10, nos italiques.

de la participation de l'enfant comme d'une « condition de base »⁴⁹⁶ de la protection et de la réalisation de ses droits :

[I]e concept de participation souligne que l'inclusion des enfants ne devrait pas être uniquement une mesure ponctuelle mais le point de départ d'un échange étroit entre les enfants et les adultes [...]⁴⁹⁷.

Devant être « respectée et entendue au sens large »⁴⁹⁸, cette condition de base qu'emporte l'article 12 exige ainsi que l'opinion de l'enfant soit dûment considérée sur toute question l'intéressant et engage, à ce titre, des obligations positives de mise en œuvre. Aussi, la due considération de l'opinion de l'enfant implique qu'elle soit expressément sollicitée⁴⁹⁹, qu'elle puisse être formée et s'exprimer au bénéfice d'une information complète⁵⁰⁰ – tant sur la teneur des décisions devant être prises et sur leurs conséquences que sur les modalités dans lesquelles peut s'exercer le droit de l'enfant d'être entendu et sa prise en considération⁵⁰¹ – et qu'elle recouvre effectivement un poids dans la décision et ses justifications⁵⁰². Elle comprend, en outre, le droit de l'enfant de choisir d'exprimer ou non son opinion⁵⁰³.

Aussi, le droit de l'enfant d'être entendu dont dispose l'article 12 contribue-t-il directement de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits – et de ses droits – dont postule la Convention. Il traduit, en outre, la singularité qu'emporte la condition d'enfant, l'exigence de protection spéciale qu'elle emporte autant que sa considération par le prisme de son développement à laquelle engage la Convention. Ce dont l'article 12 dispose en ces termes :

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 maturité⁵⁰⁴.

De cette condition de base que constitue, aux termes du Comité, le droit de l'enfant d'être entendu dans la protection et la réalisation de l'ensemble de ses droits, le libellé de l'article 12(1) semble ainsi opposer les contraintes inhérentes à la condition d'enfant. L'« âge » et le « degré de maturité » de l'enfant, d'une part,

⁴⁹⁶ *Ibid* au para 26.

⁴⁹⁷ *Ibid* au para 13.

⁴⁹⁸ *Ibid* au para 26.

⁴⁹⁹ *Ibid* au para 28.

⁵⁰⁰ *Ibid* au para 25.

⁵⁰¹ *Ibid*.

⁵⁰² *Ibid* au para 30.

⁵⁰³ *Ibid* au para 16. « L'enfant a toutefois le droit de ne pas exercer son droit d'être entendu. Exprimer ses opinions est un choix, non une obligation. Les États parties doivent veiller à ce que l'enfant reçoive toutes les informations et les conseils nécessaires pour prendre une décision qui serve son intérêt supérieur. »

⁵⁰⁴ *CDE, supra* note 24, art 12(1).

semblent posés comme paramètres, comme critères, de la considération de l'opinion de l'enfant – et, ainsi, de l'évaluation de l'importance à lui accorder. Les « capacités de discernement » de l'enfant, d'autre part, semblent posées par l'article 12(1) comme condition à la titularité de ce droit d'être entendu – par ailleurs laissée à interprétation discrétionnaire. Que ces trois notions participent de l'énoncé de ce droit d'être entendu – pourtant envisagé comme « point de départ » de la protection et la réalisation des droits de l'enfant par le Comité – tend à réitérer l'ambivalence de ce sujet « enfant » dont témoignait déjà l'article 1 de la Convention.

3.2.2. *Le droit de l'enfant d'être entendu à l'épreuve de ses capacités de discernement et degré de maturité*

Dans l'interprétation qu'il en propose, le Comité considère, nécessairement, l'apparente contradiction dont dispose l'article 12. À titre de *principe général* de la Convention, le droit de l'enfant d'être entendu recouvre un rôle fondamental dans le corpus qu'elle décline. Applicable à l'ensemble des contextes intéressants l'enfant, sa protection et celle de ses droits, il engage à une obligation positive constante de considération des opinions de l'enfant⁵⁰⁵. En cela, le droit de l'enfant d'être entendu constitue une « condition de base » de la réalisation et de la protection de ses droits⁵⁰⁶. Dans son énoncé, cependant, la reconnaissance à l'enfant de ce droit d'être entendu semble immédiatement contrainte par sa condition d'enfant. De son *âge*, de son *degré de maturité* et de ses *capacités de discernement* seraient ainsi conditionnelles tant la titularité de l'enfant de ce droit d'être entendu que son droit de l'exercer ?

À une telle lecture de l'article 12, le Comité oppose d'emblée que la titularité de l'enfant de son droit d'être entendu puisse être déterminée par son âge⁵⁰⁷. À l'inverse, le Comité rappelle que :

[l]'article 12 n'impose aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion, et décourage les États parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ *Observation générale no 12, supra* note 354 au para 19.

⁵⁰⁶ *Ibid* au para 26.

⁵⁰⁷ *Ibid* au para 10.

⁵⁰⁸ *Ibid* au para 21.

Aussi, l'enfant est-il titulaire de son droit d'être entendu indépendamment de quelque considération de son âge. De l'inclusion au libellé de l'article 12(1) de l'expression « capable de discernement », le Comité considère ainsi qu'elle :

[n]e doit pas être perçue comme une restriction, mais plutôt comme l'obligation des États parties d'évaluer la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome dans toute la mesure du possible. Cela signifie que les États parties ne peuvent pas partir du principe qu'un enfant est incapable d'exprimer sa propre opinion. Au contraire, les États parties doivent présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer ; il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités⁵⁰⁹.

Le Comité exclut ainsi que l'âge et les capacités de discernement de l'enfant puissent constituer quelques prérequis à la titularité de l'enfant tant du droit d'être entendu qui lui est reconnu que du droit d'exercice qu'il comprend⁵¹⁰. À l'inverse, le Comité engage à ce qu'il soit « présumé » des aptitudes de l'enfant à exercer son droit de participation et exclut qu'incombe à l'enfant lui-même de démontrer de ses capacités⁵¹¹. En référant à ses capacités de discernement, l'article 12(1) engage ainsi à ce que la situation particulière à l'enfant et ses éventuelles incidences sur la formation de ses opinions et ses habiletés à les communiquer soient évaluées. Plutôt que la titularité de l'enfant de son droit d'être entendu, elle intéresse, ainsi, l'obligation positive – incombant aux États – de due considération « eu égard à son âge et à son degré de maturité »⁵¹² des opinions de l'enfant dont dispose l'article 12(1). Laquelle est envisagée par le Comité en ces termes :

[c]ette clause fait référence à la capacité de l'enfant, qui doit être évaluée pour prendre dûment en considération son opinion, ou pour expliquer à l'enfant la manière dont ses opinions ont influé sur l'issue du processus⁵¹³. [...] Le degré de maturité fait référence à l'aptitude de l'enfant à comprendre et évaluer les implications d'une question donnée, et doit donc être pris en compte pour déterminer la capacité individuelle d'un enfant. Le degré de maturité est difficile à définir. Dans le contexte de l'article 12, c'est la capacité d'un enfant d'exprimer ses vues sur des questions d'une manière raisonnable et indépendante⁵¹⁴.

Si la distinction entre capacités de discernement et degré de maturité peut, de l'aveu du Comité lui-même, s'avérer difficile à établir, il appert que ces deux notions doivent être envisagées conjointement dans la mise en œuvre de l'obligation positive de due considération des opinions de l'enfant qui incombe aux États au

⁵⁰⁹ *Ibid* au para 20.

⁵¹⁰ *Ibid* au para 29.

⁵¹¹ *Ibid* aux para 20 et 21.

⁵¹² *CDE*, *supra* note 24, art 12(1), nos italiques.

⁵¹³ *Observation générale no 12*, *supra* note 354 au para 28, nos italiques.

⁵¹⁴ *Ibid* au para 30.

titre de l'article 12(1). Ces deux notions doivent ainsi être considérées tant dans l'évaluation des capacités de l'enfant à prendre part aux décisions le concernant que dans les modalités dans lesquelles celles-ci doivent être prises. De ce droit de l'enfant d'être entendu, le Comité estime ainsi qu'il constitue :

[u]ne disposition unique dans un instrument relatif aux droits de l'homme ; il traite du statut juridique et social des enfants qui, d'un côté, n'ont pas l'autonomie complète des adultes, mais, de l'autre, sont sujets de droits⁵¹⁵.

Aussi, l'article 12 de la Convention et l'interprétation qu'en propose le Comité engagent à considérer l'âge, les capacités de discernement et degré de maturité et, finalement, l'autonomie⁵¹⁶ de l'enfant non comme limites à la titularité de l'enfant de son droit d'être entendu et de l'exercer mais comme marqueurs – changeants – de sa condition d'enfant dont la considération est une exigence de la reconnaissance de sa qualité de sujet de droits et de l'engagement envers la protection et la réalisation de ceux-ci⁵¹⁷.

Conclusion

Entre 1959 et 1989, s'opère une altération du libellé énonçant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. De *la* considération déterminante, l'intérêt supérieur de l'enfant devient *une* considération primordiale de toute décision le concernant. Si ce glissement sémantique tient notamment aux circonstances dans lesquelles le principe s'est vu inclus au corpus de droits déclinés par la Convention ainsi qu'au caractère contraignant de celle-ci, il traduit cependant l'indétermination conceptuelle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les travaux préparatoires révèlent, en effet, le peu d'attention accordée à la teneur de ce principe et, notamment, par les États parties à l'élaboration de la Convention. Plutôt qu'à la teneur, semble avoir ainsi été privilégiée l'attention à la portée du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, cristallisée autour de la qualification à lui accorder – comme *la* ou *une* considération primordiale. En résulte un principe dont la teneur elle-même

⁵¹⁵ *Ibid* au para 1.

⁵¹⁶ Sans la définir, le Comité mobilise la notion d'« autonomie » dans son interprétation de l'article 12 afin de préciser les critères sur lesquels devraient être évaluées les *capacités* de l'enfant à exercer son droit d'être entendu. Absent du libellé de l'article 12, n'est relevée qu'une seule occurrence du terme « autonomie » de l'ensemble du texte de la Convention. Et ce, à l'article 23(1) en ces termes : « Les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité ». Voir : *CDE, supra* note 24, art 23(1).

⁵¹⁷ *Observation générale no 12, supra* note 354 au para 18.

est, aux termes du seul article 3(1), indéterminée⁵¹⁸. Ce qu'est ou n'est pas l'intérêt supérieur de l'enfant – ou *dans* celui-ci – est laissé en suspens, à la libre et discrétionnaire interprétation des États. Que l'attention des États, à l'égard du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, se soit concentrée sur la qualité de « considération primordiale » à lui accorder et le degré de contrainte de celle-ci n'est pas anodin. Aussi les travaux préparatoires témoignent-ils de l'attention constante des États à préserver leurs prérogatives souveraines et, notamment, en matière d'immigration et de citoyenneté. La distinction de ces deux champs de compétences souveraines fut néanmoins opposée à la qualification la plus contraignante de l'intérêt supérieur de l'enfant – comme *la* considération déterminante – et témoigne du caractère délibéré que recouvre l'indétermination sémantique et conceptuelle du principe.

La Convention, dans son ensemble, donne bien sûr quelques indications à cet égard. Distingué comme *principe général* de la Convention, aux côtés des droits à la non-discrimination (art.2), à la vie, la survie et au développement (art.6) et à la participation (art.12), l'intérêt supérieur de l'enfant semble devoir constituer un élément fondamental de sa protection et de celle de ses droits que garantit la Convention⁵¹⁹. À l'indétermination sémantique et conceptuelle dont témoignent les travaux préparatoires de la Convention, le Comité oppose une interprétation de ce *principe général* qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant dont la déclinaison en triptyque informe la teneur autant que ses implications dans la protection, la mise en œuvre et la réalisation des droits de l'enfant. En ce qu'il dispose d'un *principe juridique interprétatif fondamental*, l'article 3(1) intéresse l'ensemble des droits déclinés par la Convention et réaffirme, ainsi, leur interdépendance et leur indivisibilité. Tous étant *dans* l'intérêt supérieur de l'enfant, celui-ci constitue le guide, le paramètre fondamental de leur interprétation. À titre de *droit de fond*, l'intérêt supérieur de l'enfant emporte des obligations positives de mise en œuvre, lesquelles garantissent sa justiciabilité. Comme *règle de procédure*, enfin, l'article 3(1) exige la due considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans *toute* décision le concernant et engage, à cet égard, des considérations de fond et des sauvegardes procédurales. De celles-ci se distinguent le rôle fondamental que recouvre le droit de l'enfant d'être entendu, énoncé et protégé par l'article 12 de la Convention, dans la protection, la mise en œuvre et la réalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁵¹⁸ Alston, « The Best Interests Principle », *supra* note 23 à la p 17.

⁵¹⁹ *Observation générale no 5 (2003)*, *supra* note 26 au para 12.

CHAPITRE 3

L'ENFANT SUJET DE DROITS ET DE SES DROITS

Introduction

L'indétermination de l'article 3(1) de la Convention, disposant de l'intérêt supérieur de l'enfant comme d'une considération primordiale de toute décision le concernant intéresse autant qu'elle interroge la compréhension de l'enfant comme sujet de la Convention. Du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'introduisait la Déclaration de 1959, tout d'abord, la Convention dispose d'un droit, reconnu à l'enfant à titre individuel et distingué comme l'un des quatre *principes généraux* – ou « valeurs fondamentales » – du corpus qu'elle décline⁵²⁰. Dissociant ce principe des seuls droits à une protection spéciale et à l'éducation auxquels il était attaché en 1959 autant que des responsabilités des parents à cet égard⁵²¹, la Convention engage, à considérer l'enfant comme individualité à part entière, comme sujet des droits dont elle dispose ainsi que la possibilité que leurs intérêts puissent être distincts⁵²². De l'interprétation que propose le Comité de l'article 3(1), ensuite, se distingue le caractère transversal de ce « concept triple » que constitue l'intérêt supérieur de l'enfant. Intéressant l'interprétation et la mise en œuvre de l'ensemble des droits reconnus aux enfants, l'article 3(1) dispose ainsi d'un *droit de fond*, d'un *principe juridique interprétatif fondamental* et

⁵²⁰ L'article 3, dans son libellé complet, se lit comme suit : « 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.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié. »

⁵²¹ Aux termes de la Déclaration de 1959, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant était explicitement associé aux responsabilités des parents en ces termes : « L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents. ». La *Convention*, à l'inverse, ne réfère pas explicitement aux parents et tuteurs légaux de l'enfant dans le libellé de l'article 3(1). Et s'il est question, à l'article 3(2) de leurs « droits et [...] devoirs », ceux-ci doivent informer la mise en œuvre, par les États, du droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur constituer une considération primordiale de toute décision le concernant.

Déclaration de 1959, principe 7, al 3.

⁵²² Rappelons, à cet égard, qu'au fondement de l'article 3(1) peut être envisagé que soustraire un enfant de son environnement familial et ainsi de l'autorité de ses parents ou tuteurs légaux soit dans l'*intérêt supérieur de l'enfant*. Une possibilité que n'envisageait pas la Déclaration de 1959 et qui tend à réitérer que l'enfant n'est pas considéré comme *propriété* de ses parents ou tuteurs légaux.

d'une *règle de procédure*. Confirmant l'interdépendance et l'indivisibilité des droits dont dispose la Convention, la mise en œuvre de l'article 3(1) engage, notamment, celle de l'article 12 relatif au droit de l'enfant d'être entendu. Entre ces deux droits s'opère ainsi une relation de réciprocité : l'intérêt supérieur de l'enfant disposant des « objectifs » de réalisation de l'ensemble des droits de l'enfant, le droit d'être entendu en constituant la « méthode ». Ce dernier est notamment distingué par le Comité comme « une disposition unique », reconnaissant autant la qualité de *sujet* de droits de l'enfant que sa singularité en ce qu'il n'a pas « l'autonomie complète des adultes ». Aussi l'article 12 – et, à certains égards, l'article 3(1) – formalise la double reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits et de la singularité de sa condition d'enfant, à laquelle est fait référence par les notions de capacités de discernement et degré de maturité. De l'examen des travaux préparatoires, enfin, se distingue la cristallisation des discussions intéressant l'élaboration de l'article 3(1) autour de la qualification à accorder à cet intérêt supérieur de l'enfant. De *la* considération déterminante, ainsi qu'en disposait la Déclaration de 1959, l'intérêt supérieur de l'enfant est qualifié comme *une* considération primordiale par la Convention de 1989. Un glissement sémantique intéressant immédiatement la portée de ce principe, dont la teneur – tant en matière interprétative que dans la mise en œuvre, la protection ou la réalisation du droit dont dispose l'article 3(1) – ne fut par ailleurs que très marginalement discutée, laissant à interprétation discrétionnaire la détermination de ce qu'est – ou dans – cet intérêt supérieur de l'enfant. Que ces considérations aient été éludées ne semble pas, cependant, témoigner de quelque compréhension commune, consensuelle ou tacite entre les parties à l'élaboration de la Convention de ce que recouvre cet intérêt supérieur de l'enfant. Des discussions intéressant l'article 3(1) et de l'attention accordée à la qualification de sa portée semblent cependant se distinguer le caractère délibéré de son indétermination conceptuelle autant que l'influence, à cet égard, de l'attention constante des États à préserver leurs compétences en matière d'immigration et de citoyenneté. Sans en être exclusive la distinction de ces deux champs de compétence dans les discussions de l'article 3(1) engage à interroger la teneur du droit dont il dispose autant que son éventuelle conditionnalité à quelque statut au regard de la citoyenneté ou de l'immigration. La qualité de *principe général* associée à l'article 3(1) et l'interdépendance des droits dont dispose la Convention engageant, en outre, à interroger plus largement la reconnaissance des droits de l'enfant autant que sa qualité de sujet.

De ces constats auxquels engage l'indétermination de l'article 3(1) s'initient les réflexions intéressant la compréhension de l'enfant, sujet du droit qu'il énonce, que propose ce troisième chapitre. Plutôt que d'essayer de comprendre ce qu'est ou n'est pas un enfant – une ambition qu'excluent les paramètres de la présente étude –, il s'agira ici d'explorer ce que l'indétermination de l'article 3(1) *raconte* de cet enfant que concerne la Convention et qui est concerné par celle-ci. Des considérations par lesquelles s'ouvre elle-même la Convention en disposant dès son article 1 de son propre champ d'application. Aussi, est-ce à cet article 1

ainsi qu'à son élaboration que s'intéressera la première section. Et s'il est relativement établi qu'aux termes de la Convention est considéré comme enfant – et ainsi titulaire et sujet des droits qu'elle protège – toute personne au *minimum* à partir de sa naissance et jusqu'à dix-huit ans, sera néanmoins mise en exergue l'ambivalence que recouvre cette « définition ». De cet enfant, vulnérable et n'ayant pas « l'autonomie complète des adultes » sera ensuite interrogée la qualité de *sujet* de droits et de *ses droits*. Dans une deuxième section se poursuivra ainsi la réflexion qu'initiait – dans le deuxième chapitre – l'examen de l'article 12, disposant du droit de l'enfant d'être entendu. Les droits reconnus par la Convention aux parents et tuteurs légaux, ainsi que de la notion de « capacités évolutives de l'enfant » dont ils disposent, engageront ainsi à considérer l'articulation entre la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits – et de ses droits – et comme bénéficiaire d'une protection spéciale au titre de sa condition d'enfant. Dans une troisième section seront, enfin, interrogés les droits reconnus aux enfants, leur teneur, à partir des constats de l'importance attribuée par la Convention à la famille et celle accordée par les États à leurs prérogatives en matière d'immigration et de citoyenneté dans l'élaboration du traité. Au prisme des droits de l'enfant à ne pas être séparé de sa famille et au regroupement familial, sera ainsi interrogée la reconnaissance des droits de l'enfant dans ses interactions avec les compétences souveraines en matière d'immigration et de citoyenneté. En filigrane sera ainsi interrogée la possibilité qu'à ces dernières s'attachent les conditions ou limites de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits et de ses droits.

Section 1 L'enfant, sujet de la Convention

La relation de réciprocité qui s'opère entre les articles 3(1) et 12 de la Convention – disposant respectivement du droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur constituer une considération primordiale de toute décision le concernant et de son droit d'être entendu – tend à formaliser la double reconnaissance de l'enfant tant comme sujet de droits que comme bénéficiaire d'une protection spéciale. Elle incite, dès lors, à interroger plus immédiatement la compréhension de cet enfant dont dispose la Convention, en son article 1 se lisant comme suit :

Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de *tout être humain* âgé de moins de dix-huit ans, *sauf si* la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable⁵²³.

Plutôt qu'une définition de ce qu'est ou n'est pas un enfant, l'article 1 tend à circonscrire – par l'âge – les paramètres du champ d'application de la Convention. L'acception équivoque qu'il décline engage cependant à considérer les deux « zones d'ombre »⁵²⁴ d'importance qui s'en distinguent – traduisant, en creux, l'âpreté des débats ayant entourée son élaboration⁵²⁵ – et que sont le « début » (1.1) et la « fin » (1.2) de l'enfance.

1.1. « Tout être humain » : l'article 1 et la délicate question du « début » de l'enfance

À l'article 1 de la Convention est référé à l'enfant par l'expression « tout être humain ». L'usage de cette dernière, relativement équivoque, soulève d'emblée la délicate question du « début » de l'enfance et, partant, de l'applicabilité de la Convention et des droits et protections qu'elle énonce et protège (1.1.1). Il traduit, cependant, l'exigence de compromis posée par l'élaboration d'un traité international de protection des droits humains et l'ambition d'universalité qui s'y attache⁵²⁶. À l'ampleur des débats suscités par le périlleux exercice de définition de l'enfance et de sa temporalité (1.1.2), l'article 1 oppose finalement une acception du terme « enfant » devant garantir sinon une compréhension commune de l'enfance et ses débuts, celle du champ d'application de la Convention.

⁵²³ CDE, *supra* note 24, art 1, nos italiques. La version anglaise du texte se lit comme suit : « For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier »

⁵²⁴ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 24.

⁵²⁵ Voir, notamment : 1980 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1542 aux paras 28 et 28, cité dans *Legislative History*, vol 1, à la p 305.

⁵²⁶ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 25.

1.1.1. *Le « début » de l'enfance aux termes de la Convention : l'équivoque ou l'exigence de compromis*

La première des deux « zones d'ombre » qu'emporte l'acception du terme « enfant » se manifeste par deux reprises dans le texte de la Convention. En préambule, celle-ci justifie de la distinction de l'enfant comme bénéficiaire d'une protection spéciale en ces termes :

[a]yant présent à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance⁵²⁷.

Directement emprunté à la Déclaration de 1959, cet extrait du préambule de la Convention semble suggérer une reconnaissance d'un droit de l'enfant à une protection spéciale en amont de sa naissance. L'article 1, qui établit ce qu'entend la Convention par le terme « enfant », ne confirme aucunement cette applicabilité des droits reconnus en amont de la naissance, cependant⁵²⁸. À l'enfant, il ne réfère que par l'expression « tout être humain » sans expliciter ce qui est entendu par celle-ci. Conjointement, les libellés de l'article 1 et du préambule soulèvent ainsi la délicate question du « début » de l'enfance et, partant, du champ d'applicabilité des droits reconnus par la Convention. À partir de quel moment s'appliquent les droits reconnus et protégés par la Convention ? La Convention s'applique-t-elle avant la naissance ? Le cas échéant, reconnaît-elle des droits à l'« enfant » dès sa conception ou après quelques mois de gestation ? Ces questions soulèvent celle de la compatibilité et de l'interaction entre la Convention et le corpus de protection des droits humains reconnu tant par le droit international que par les régimes internes et régionaux et, notamment, le droit à disposer de son propre corps.

Il convient, d'emblée, de mentionner que le préambule de la Convention ne participe pas directement de la partie opérationnelle du traité et, en cela, ne pose pas d'obligation contraignante aux États parties⁵²⁹. Aux termes de la CVDT⁵³⁰, le préambule relève du « contexte » devant informer la compréhension d'un traité⁵³¹. Il n'intervient comme « moyen complémentaire d'interprétation » que lorsque celle du traité en « laisse [le] sens ambigu ou obscur »⁵³². Aussi, l'acception du terme « enfant » retenue par la Convention doit-elle

⁵²⁷ CDE, *supra* note 24, préambule, alinéa 9, nos italiques.

⁵²⁸ Par ailleurs rapidement soulevée par les parties à l'élaboration de la Convention. Voir : 1979 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1468 (12 March 1979) au para 6, cité dans *Legislative History*, vol. 1, à la p 68. Voir, également: 1980 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1542 (10 March 1980), au para 4, cité dans *Legislative History*, vol. 1, à la p 79.

⁵²⁹ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 24.

⁵³⁰ CVDT, *supra* note 37.

⁵³¹ *Ibid*, art 31; Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 24.

⁵³² CVDT, *supra* note 37, art 32, para a].

d'abord être considérée suivant le libellé de l'article 1. À cet égard, David Archard et John Tobin rappellent qu'en droit international « it has never been accepted that a child or other terms such as “human being” or “human person” extend to an unborn child ». Bien que plusieurs propositions engageant à une inclusion de l'« enfant à naître » dans l'acception du terme « enfant » (ou « être humain ») aient été faites pendant les négociations⁵³³, la lecture des travaux préparatoires établit sans équivoque l'exclusion d'une telle approche par les parties à l'élaboration de la Convention⁵³⁴. Celle-ci ne tient pas, cependant, à un accord unanime sur ce que devrait recouvrir le terme « enfant » aux termes de la Convention mais bien à l'absence d'un tel consensus quant à la question du « début » de l'enfance⁵³⁵. Les incohérences que peuvent présenter conjointement les libellés du neuvième paragraphe du préambule et de l'article 1 relèvent ainsi d'une stratégie de compromis visant, sinon un consensus quant à la définition de l'« enfant », l'adoption de la Convention elle-même⁵³⁶. Aussi, Philip Alston estime que l'inclusion de ces deux libellés dans la

⁵³³ En seconde lecture, on relève notamment trois propositions en ce sens. La délégation de Malte interprète la Déclaration de 1959 comme étant applicable en amont de la naissance (« before birth ») et présente en 1989 une proposition d'amendement de l'article 1 visant à ce que celui-ci mentionne « from conception » et étende la compréhension de l'enfant. Voir : *Legislative History*, vol. 1, à la p 309 citant le Doc NU E/CN.4/1989/WG.1/WP.9. respectivement présentées par la délégation de Malte en 1989, la délégation du Sénégal en 1989 et la World Association of Children's Friends en 1988.

En 1989, la délégation du Sénégal présente une proposition d'amendement de l'article 1 visant à ce que celui-ci définisse l'enfant « from his conception until at least the age of 18 years ». Voir : 1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1989/48 au para 76, cité dans *Legislative History*, vol. 1, à la p 311.

Les délégations de Malte et du Sénégal retirèrent leurs propositions d'amendement de l'article 1 en 1989. Elles tinrent, cependant, à ce que le rapport du groupe de travail de 1989 mentionne que l'une et l'autre que « took the view that the protection of the child should begin with conception and not just from birth ». Voir: *1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1989/48 au para 77, cité dans *Legislative History*, vol. 1, à la p 311. En 1988, la World Association of Children's Friends émettait également une proposition visant à élargir le champ d'application de la Convention en amont de la naissance en ces termes: « The present Convention also extends [...] to the protection of the conceived unborn child from genetic experiments and manipulation injurious to his physical, moral or mental integrity of to his health ». Voir: *Legislative History*, vol.1, à la p 310 citant le Doc NU E/CN.4/1988/WG.1/NGO/1. Voir, également: *1980 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/L.1542 (10 March 1980), au para 4, cité dans *Legislative History*, vol. 1, à la p 79.

⁵³⁴ « Certainly proposals were made to adopt such a definition in the operative part of the Convention; however, they were rejected because consensus could not be reach on this issue. ». À cet égard, notons également que l'adoption du sixième paragraphe du préambule emporte, dans les *travaux préparatoires*, la mention suivante : « In adopting this preambular paragraph the Working group does not intend to prejudice the interpretation of article 1 or any other provisions of the Convention by States parties ». Voir: Archard & Tobin, *supra* note 333 aux pp 24-25; Philip Alston, « The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child » (1990) 12:1 Hum Rts Q 156-178, à la p 170.

⁵³⁵ *1980 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/L.1542, aux paras 28-29, cité dans *Legislative History*, vol. 1, à la p 305: « Other delegates asserted that the attempt to establish a beginning point should be abandoned and that wording should be adopted which was compatible with the wide variety of domestic legislation on this subject ».

⁵³⁶ Voir, notamment : 1984 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1984/71 (23 February 1984) au para 10, cité dans *Legislative History*, vol 1, à la p 116.

Voir également les discussions au sein de la Commission de droits humains en 1984, Doc NU E/CN.4/1984/SR.46 (16 March 1984) au para 1, cité dans *Legislative History*, vol 1, à la p 120 ; ainsi que les discussions au sein de la Commission de droits humains en 1985, Doc NU E/CN.4/1985/SR.53/Add.1 (26 March 1985) aux paras 108 et 112, cité dans *Legislative History*, vol 1, à la p 129.

Convention représente: « a “compromise“ solution, which had intentionally failed to resolve the issue definitively one way or the other »⁵³⁷. Une « solution » permettant d’éluder les débats que soulève la question du « début » de l’enfance et de favoriser l’adhésion à la Convention.

1.1.2. Le « début » de l’enfance : trois approches en débat

De ces débats, David Archard et John Tobin relèvent trois conceptions de l’« enfant à naître » (*unborn child*) intéressant la lecture de la Convention⁵³⁸. La première, au cœur des discussions éthiques concernant le droit à l’avortement, engage à considérer ce qui préexiste à la naissance, l’être *in utero*, comme être humain à part entière⁵³⁹. Suivant cette approche, « an “unborn child“ is thought to enjoy the same moral status as the “born child“ »⁵⁴⁰. Dans l’application de la Convention, elle impliquerait la reconnaissance et la protection des droits énoncés par la Convention en amont de la naissance⁵⁴¹. Ceux-ci incluant le droit à la vie, énoncé à l’article 6⁵⁴², cette approche exigerait ainsi de proscrire l’avortement⁵⁴³. La deuxième conception de l’« enfant à naître » que relèvent David Archard et John Tobin engage à une approche préventive de protection⁵⁴⁴. Considérant que « the being *in utero* should be understood *only* in terms of what might follow for that child *once born* »⁵⁴⁵ cette approche ne reconnaît pas de statut à part entière à l’« enfant à naître » mais enjoint à anticiper ce qui pourrait lui nuire après la naissance⁵⁴⁶. Aussi, cette conception de l’« enfant à naître » motive, notamment, les injonctions à proscrire la consommation d’alcool ou de drogues pendant la grossesse⁵⁴⁷. Dans l’application de la Convention, elle impliquerait de reconnaître à l’enfant un droit à la protection applicable en amont de la naissance sans toutefois envisager qu’il ne soit titulaire de l’ensemble

⁵³⁷ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 25, citant Philip Alston « The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child » (1990) 12 Hum Rts Q 156, à la p 171.

⁵³⁸ *Ibid* à la p 26.

⁵³⁹ *Ibid*.

⁵⁴⁰ *Ibid*.

⁵⁴¹ *Ibid*.

⁵⁴² L’article 6 de la Convention dispose :

1. Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.
2. Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.

CDE, *supra* note 24, art 6.

⁵⁴³ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 26. « For those opposed to abortion, the destruction of the “unborn child“, *in utero*, is as wrong as the destruction of a child that has been delivered and is now living outside the mother’s womb. This sense of “unborn child“ is what is centrally at stake in the ethical debate between those who wish to proscribe and this who wish to permit abortion. »

⁵⁴⁴ *Ibid*.

⁵⁴⁵ *Ibid*, italiques des auteurs.

⁵⁴⁶ *Ibid*.

⁵⁴⁷ *Ibid*.

des droits garantis et protégés après sa naissance. La troisième conception de l'« enfant à naître » engage, quant à elle, à considérer l'enfant « that might come into existence as a result of the reproductive acts and omissions of adults »⁵⁴⁸. En cela, elle interroge directement la responsabilité des adultes dans l'exercice de leurs droits reproductifs⁵⁴⁹. Elle procède des débats éthiques intéressant la procréation et postulant, notamment, que :

So long as the life that is created is better overall, even if only very marginally, than non-existence, then no wrong is done in bringing that life into being. No one can complain at having a miserable life if the only alternative is never to have existed and if the life, however miserable, is nevertheless better than no life at all⁵⁵⁰.

D'aucuns estiment cependant que l'« enfant à naître » a droit à plus qu'une seule existence et engagent à lui reconnaître « a right at birth to the reasonable assurance of the enjoyment of a range of benefits across their life »⁵⁵¹. Aussi, cette troisième approche implique que soient considérées les conditions d'existence de l'enfant et leurs implications en amont de la conception. Elle engage ainsi à reconnaître à l'enfant un « droit de naissance »⁵⁵² (*birthright*) aux garanties et protections énoncées par la Convention. Dans l'application et la mise en œuvre de la Convention elle impliquerait de considérables limites à l'exercice par les adultes de leurs droits reproductifs⁵⁵³.

Aucune de ces trois approches n'aura finalement été retenue pour le libellé de l'article 1 de la Convention. L'usage, relativement habile, de l'expression « tout être humain » par lequel s'ouvre cet article permettant d'éluder les divergences entourant la délicate question du « début » de l'enfance. L'interprétation de l'article 1 – informée par les travaux préparatoires et la jurisprudence du Comité des droits de l'enfant – laisse néanmoins peu de doute quant à l'applicabilité de la Convention et, partant, la compréhension du terme « enfant » qui prévaut :

there is no principled basis for the claims made by some commentators that the Convention necessarily extends the conception of the child to the unborn child. Rather, a principled

⁵⁴⁸ *Ibid* à la p 27.

⁵⁴⁹ *Ibid*.

⁵⁵⁰ *Ibid*.

⁵⁵¹ *Ibid*.

⁵⁵² *Ibid*. « Some of those who think that the future child is owed more than simply a life better than non-existence are prepared to argue that the future child has a "birthright". This is a right at birth to the reasonable assurance of the enjoyment of a range of benefits across their life. One might think of those benefits precisely in terms of what the Convention guarantees to every child. »

⁵⁵³ *Ibid*. « Clearly, if the unborn child, in the third sense of a future possible child, has a birthright to those rights enumerated in the Convention, then that right would significantly constrain the exercise by adults of their putative rights to procreate. ».

interpretation of article 1 leads to the unequivocal view that as a minimum, childhood begins at birth⁵⁵⁴.

Et s'il est laissé à la discrétion des États Parties la possibilité d'élargir la compréhension de l'enfance en amont de la naissance, la Convention n'emporte aucune obligation en ce sens⁵⁵⁵. Que l'inclusion de l'« enfant à naître » au champ d'application de la Convention y soit conforme demeure sujet à discussion et n'a pas été clairement établi par le Comité⁵⁵⁶. Aux termes de la Convention, l'enfance – et ainsi, le champ d'application de la Convention – débute *au minimum* à la naissance⁵⁵⁷. Ce qui la précède relevant de la seule interprétation discrétionnaire des États, laquelle a d'ailleurs rapidement été exercée après l'adoption de la Convention⁵⁵⁸.

1.2. « Sauf si »... ou la malléabilité de la « fin » de l'enfance

La seconde « zone d'ombre » qu'implique l'acception du terme « enfant » privilégiée par la Convention concerne la « fin » de l'enfance⁵⁵⁹. À l'article 1, est considéré comme enfant « tout être humain âgé de *moins de dix-huit ans, sauf si* la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »⁵⁶⁰. Si la Convention semble établir la « fin » de l'enfance à l'âge de dix-huit ans, le libellé de l'article 1 laisse

⁵⁵⁴ *Ibid* à la p 24.

⁵⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁵⁶ *Ibid* à la p 27.

⁵⁵⁷ *Ibid* à la p 24.

⁵⁵⁸ Suite à l'adoption de la Convention, de nombreux États parties ont émis des déclarations interprétatives intéressantes notamment l'acception du terme « enfant ». Parmi ces déclarations, peuvent notamment être relevées celles du Saint-Siège établissant clairement son interprétation de la Convention comme garantissant « les droits des enfants *avant aussi bien qu'après la naissance* ». À l'inverse, la France a émis une déclaration interprétative mentionnant que la Convention « ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative à l'interruption volontaire de la grossesse ».

Pour la déclaration française, voir : Comité des droits de l'enfant : « Réserves, déclaration et objections concernant la Convention relative aux droits de l'enfant », CRC/C/1Rev.8, 7 décembre 1999, à la p.22.

Déclaration du Saint-Siège au moment de la ratification de la CDE : « Le Saint-Siège reconnaît que la Convention représente la consécration de principes déjà adoptés par les Nations Unies et qu'une fois en vigueur, elle garantira les droits des enfants avant aussi bien qu'après la naissance, comme il est expressément affirmé dans la Déclaration sur les droits de l'enfant (résolution 1386 (XIV) de l'Assemblée générale, en date du 20 novembre 1959) et réaffirmé au neuvième alinéa du préambule de la Convention. Le Saint-Siège est convaincu que cet alinéa du préambule guidera l'interprétation de l'ensemble de la Convention, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. » (Cité dans le document du Comité des droits de l'enfant : « Réserves, déclaration et objections concernant la Convention relative aux droits de l'enfant », CRC/C/1Rev.8, 7 décembre 1999).

⁵⁵⁹ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 24.

⁵⁶⁰ CDE, *supra* note 24, art 1, nos italiques.

néanmoins entrevoir la possibilité d'exceptions à cette règle, laissées à la discrétion des États Parties (1.2.1). À cette malléabilité de la « fin » de l'enfance comprise dans l'article 1, la Convention oppose par ailleurs des obligations de protection spécifiques à certains domaines, lesquelles tendent à assurer un champ d'applicabilité minimal des protections garanties par la Convention (1.2.2).

1.2.1. La « fin » de l'enfance à dix-huit ans : l'article 1 de la Convention ou la formalisation d'un standard commun

À l'instar du « début » de l'enfance, la seule lecture du libellé de l'article 1 laisse relativement équivoque la « fin » de l'enfance telle qu'entendue par la Convention. Par l'usage de la préposition « sauf si », l'article 1 établit conjointement la « fin » de l'enfance à l'âge de dix-huit ans et la capacité discrétionnaire des États Parties à la Convention de fixer la majorité en amont. Il laisse, en cela, le champ d'application de la Convention relativement indéterminé, malléable et sujet à l'interprétation discrétionnaire des États parties. En creux, s'opère une distinction entre majorité et « fin » de l'enfance, dont les travaux préparatoires révèlent l'importance dans l'élaboration de la Convention et les discussions intéressant son champ d'application.

Dès 1978 – et l'étude du premier projet présenté par la Pologne – les parties à l'élaboration de la Convention s'attachèrent à établir cette distinction entre « majorité » et « fin de l'enfance », dont la délégation française souligna notamment l'importance en ces termes :

The first article of the convention should give a restrictive definition of the term “child“, since it is important to have a clear understanding of what is meant by that term. In some national legislative bodies, including that of France, a “child“ is a “minor“. But the age at which a child attains his majority varies from one country to another. The first thing to be done is therefore to specify the scope of the convention⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Commentaire de la France sur le premier projet de convention (First Polish Draft), 1978, Doc NU E/CN.4/1324/Add.1, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 302. Voir, également, le commentaire de la Nouvelle Zélande sur le premier projet de convention (First Polish Draft), 1978, se lisant comme suit : « A point of some importance which this article, and indeed all the articles raise to some degree, is the definition of a child. Does the definition begin at conception, at birth, or at some point in between? In view of the special protection clause (article II), is a definition of the end of childhood. It seems that it would be very difficult to declare an across-the-board age and that the end of childhood would be related to specific issues (right to leave home, vote, drive a motor vehicle, have sexual intercourse, etc.) which would be covered by specific legislation in each country ». Voir : Doc NU E/CN.4/1324/Add.5, cité dans *Ibid* à la p 303.

Afin d'assurer une portée universelle à la Convention et une compréhension commune de ce qui y est entendu par le terme « enfant », est ainsi relevée l'importance de dissocier le champ d'application de la Convention des disparités législatives nationales et régionales quant à l'âge de la majorité légale⁵⁶². Malgré plusieurs propositions allant, respectivement, dans le sens de la seule majorité comme critère de fin d'applicabilité de la Convention ou de l'abaissement de l'âge mentionné par l'article 1 à quinze ans, les discussions des parties à l'élaboration de la Convention s'engagèrent rapidement vers une position de compromis relativement consensuelle⁵⁶³. En effet les travaux préparatoires mettent en exergue l'adhésion suscitée auprès des parties à l'élaboration de la Convention par l'âge de dix-huit ans comme celui, sinon de la majorité, de la « fin » de l'enfance et, partant, du champ d'application du traité : « the consensus view was that 18 was an appropriate age at which to end childhood for the purposes of the Convention provided states had a discretion to adopt an earlier age of majority »⁵⁶⁴. D'apparence contradictoire, cette nuance tient au double constat des disparités dans l'appréhension de la majorité légale et de l'importance d'assurer une portée universelle à la Convention⁵⁶⁵. Plutôt qu'une contrainte, immédiatement applicable aux États parties, d'établir l'âge de la majorité à dix-huit ans, la Convention engage à considérer cet âge comme celui de la « fin » de l'enfance et de son champ d'application.

Aussi la relative malléabilité de la « fin » de l'enfance induite par le libellé de l'article 1 procède-t-elle plus des circonstances de l'élaboration de la Convention et de l'exigence de compromis que d'une intention de laisser à la libre interprétation des États la temporalité de son champ d'application. Ce que tend, notamment, à corroborer le rôle attribué au Comité des droits de l'enfant en matière d'interprétation de la Convention et de surveillance de sa mise en œuvre⁵⁶⁶. Une compétence dont se prévaut, d'ailleurs, régulièrement le Comité en engageant systématiquement les États parties à élever l'âge de la majorité légale à dix-huit ans, échéant que cela ne soit pas le cas dans la législation de l'État concerné⁵⁶⁷.

⁵⁶² À cet égard, voir le commentaire du Comité international de la Croix Rouge sur le premier projet de convention (First Polish Draft), en 1978 : « The personal scope of the draft has been defined, for the convention is to apply to children (article I). The notion of “child” has not, however, been made clear. The concept varies from one culture to another. This silence seems wise and will facilitate universal application of the convention irrespective of local peculiarities ». Voir : Doc NU E/CN.4/1324, au para 4, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 304.

⁵⁶³ 1980 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1542, aux paras 32-33, cité dans *Ibid* à la p 305.

⁵⁶⁴ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 28. Voir également : 1984 Report of the WG, *supra* note 393 à la p 306, au para 32.

⁵⁶⁵ 1980 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1542, au para 32, cite dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 305.

⁵⁶⁶ CDE, *supra* note 24, arts 43, 44 et 45.

⁵⁶⁷ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 28. À cet égard, David Archard et John Tobin soulignent notamment : « Indeed, in its observations for Namibia [...] went so far as to say that the definition of a child as anyone under the

1.2.2. *Des obligations de protection fondées sur l'âge pour pallier la malléabilité de la « fin » de l'enfance*

Aux termes de l'article 1 sont conjointement établies la « fin » de l'enfance à l'âge de dix-huit ans et la discrétion des États à fixer l'âge de la majorité en amont. Anticipant les limites qu'emporte la malléabilité de la « fin » de l'enfance induite par une telle disposition en matière de protection de l'enfant et de ses droits, la Convention prévoit par ailleurs des obligations fondées sur l'âge, spécifiques à certains domaines d'application. Aussi la Convention distingue plusieurs domaines d'application dans lesquels doit être établi un âge minimum et, notamment, en matière d'admissibilité à l'emploi⁵⁶⁸ et de responsabilité pénale⁵⁶⁹. Dans deux contextes spécifiques, la Convention établit elle-même un âge minimum applicable. Aux termes de l'article 37 sont ainsi prohibés la peine capitale et l'emprisonnement à vie pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans⁵⁷⁰. L'article 38 engage, quant à lui, les États à limiter l'implication des enfants dans les conflits armés et établit à quinze ans l'âge minimum applicable en la matière⁵⁷¹. Outre ces deux dispositions, la Convention laisse cependant à la discrétion des États le soin d'établir un âge minimum applicable à certains domaines. Aussi, dès 1991, le Comité des droits de l'enfant en distinguait plusieurs devant faire l'objet d'une justification précise par les États dans l'examen périodique de leur mise en œuvre de la Convention :

In its original Guidelines for Periodic Reports, adopted in 1991, the CRC Committee requested that states provide information within the context of article 1 with respect to the minimum legal age in relation to, among other issues: legal and medical counselling without parental consent; medical treatment; the end of compulsory education; admission to work; marriage; sexual consent; voluntary enlistment in the armed forces; and the age of criminal responsibility. Thus, the CRC Committee anticipates that states will need to set minimum age requirements in a number of areas as a measure to ensure protection against the potential harm to children⁵⁷².

age of 16 years is “not compatible with the Convention“. It is questionable, however, whether this view is justified given that the text of the Convention clearly anticipates the possibility for states to use an age other than 18 to define the end of childhood ».

⁵⁶⁸ CDE, *supra* note 24, art 32(2).

⁵⁶⁹ *Ibid*, art 40(3) au para a].

⁵⁷⁰ *Ibid*, art 37 au para a] se lisant comme suit: « 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 ».

⁵⁷¹ *Ibid*, art 38, aux paras 2 et 3 se lisant comme suit:

« 2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités.

3. Les États parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les États parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées ».

⁵⁷² Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 29.

Dans les dispositions de la Convention comme dans les mandats du Comité des droits de l'enfant sont ainsi considérés les effets qu'emporte l'indistinction entre « fin » de l'enfance et majorité potentiellement posée par le libellé de l'article 1. En établissant un âge minimum d'applicabilité à certains domaines et enjoignant les États à en déterminer un pour d'autres, la Convention tend à assurer que les protections reconnues aux enfants et celle de leurs droits ne puissent être éludées avant l'âge de quinze ans – le plus jeune établi par la Convention⁵⁷³. En préconisant que soit fixé un âge minimum dans d'autres domaines que ceux anticipés par la Convention, le Comité semble vouloir bonifier ces protections et assurer que soit considéré le développement de l'enfant⁵⁷⁴. À cet égard, David Archard et John Tobin estiment que: « [t]he real issue is whether the ages on which these rules are based can be justified as necessary to protect children's protective rights under the Convention or unreasonably interfere with their autonomy rights »⁵⁷⁵. En engageant les États à établir un âge minimum à d'autres domaines d'application que ceux prévus par la Convention, et notamment en matière de soins de santé et de consentement, les recommandations du Comité suggèrent, en filigrane, une tension entre protection de l'enfant et protection de ses droits – lesquels incluent la capacité de les exercer. Le Comité engage ainsi à interroger la place accordée par la Convention, son interprétation et sa mise en œuvre aux « capacités évolutives » de l'enfant.

Section 2 L'enfant sujet de droits et de ses droits

De l'article 1 de la Convention se distinguent les paramètres du champ d'application des droits et protections qu'elle décline. Aux termes de la Convention, et la précision importe, ceux-ci sont ainsi reconnus à l'enfant *au minimum* à partir de sa naissance et *devraient* s'appliquer jusqu'à l'âge de dix-huit ans⁵⁷⁶. Aussi est-ce par l'âge qu'est déterminée l'appartenance – ou non – à la catégorie « enfants » et, ainsi, la possibilité de se prévaloir des droits et protection dont dispose la Convention. La distinction d'une telle catégorie étant justifiée par le constat d'une vulnérabilité singulière à la condition d'enfant⁵⁷⁷. À cet enfant, cependant, la Convention reconnaît la qualité de sujet de droits, incluant celui de les exercer. L'ambivalence de ce sujet,

⁵⁷³ CDE, *supra* note 24, art 38(2).

⁵⁷⁴ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 29.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ À la discrétion des États Parties sont néanmoins laissées l'interprétation de ce qui précède la naissance ainsi que la fixation de l'âge de la majorité légale, laquelle doit cependant être dûment motivée le cas échéant qu'elle soit établie avant l'âge de dix-huit ans

⁵⁷⁷ Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 185.

de cet enfant, engage ainsi à ce que soient considérés les rôles et responsabilités des parents et tuteurs légaux tant envers sa protection que celle de ses droits. À ce titre, leurs sont ainsi reconnus des droits et protections par la Convention (2.1). Justifiés en ce qu'ils intéressent la protection et la réalisation des droits de l'enfant, ces droits sont immédiatement associés à la notion de « capacités évolutives de l'enfant ». Engageant à considérer l'enfant comme apte à exercer ses propres droits, celle-ci tend à réitérer la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits et de ses droits que formalise notamment la relation de réciprocité qu'opère la Convention entre le droit de l'enfant d'être entendu et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (2.2).

2.1. De l'exigence de *protection spéciale* à la reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux

De cet enfant, sujet de droits mais n'ayant pas « l'autonomie complète des adultes », la Convention considère immédiatement la dépendance ainsi que ses effets potentiels sur la protection et la réalisation de ses droits. Disposant du rôle fondamental de la famille à cet égard, la Convention reconnaît aux parents et tuteurs légaux un corpus de droits (2.1.1). À rebours d'une compréhension de l'enfant comme propriété de ses parents ou tuteurs légaux, s'attachent à ces droits des responsabilités engageant immédiatement le droit de l'enfant au développement et celui de ses capacités évolutives (2.1.2).

2.1.1. *La « condition d'enfant » au cœur de la Convention*

En 1989 l'adoption de la Convention se pose en rupture avec les instruments antérieurs intéressant la protection de l'enfance en disposant de la vulnérabilité qui s'attache à celle-ci non comme qualité définitoire mais comme l'une de ses composantes⁵⁷⁸. Si elle postule d'une vulnérabilité particulière à l'enfance – laquelle tend à justifier d'une exigence de protection spéciale⁵⁷⁹ – la Convention engage cependant à

⁵⁷⁸ *Ibid* à la p 172.

⁵⁷⁹ De ce dernier étant disposé comme d'un *droit* reconnu à l'enfant par l'article 6 de la Convention et distingué comme *principe général* de celle-ci – aux côtés des droits à la non-discrimination (art 2), de participation (art 12) ainsi que du droit de l'enfant à voir son *intérêt supérieur* constituer une considération primordiale de toute décision le concernant (art 3(1)).

Tobin, « Understanding Children's Rights », *supra* note 340 à la p 163.

envisager celle-ci par le prisme de son impermanence, du développement qui la caractérise⁵⁸⁰. Aussi, reconnaît-elle l'enfant comme individualité à part entière – dont la condition d'enfant exige une protection spécifique –, comme sujet de droits dont les capacités de les exercer de manière autonome, bien que présumées, se déploient en fonction de son âge et de son développement⁵⁸¹.

Envisager l'enfance au prisme de son impermanence engage nécessairement à considérer ceux et celles qui l'accompagnent dans son développement et, notamment, les parents et/ou tuteurs légaux. La Convention, à l'instar des instruments antérieurs, accorde ainsi une place fondamentale à la famille⁵⁸². Elle s'en distingue, cependant, en considérant l'interaction entre famille et reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits dont la protection et la réalisation est, précisément, l'objet de la Convention. Dissociant, ainsi, la protection de l'enfant et de ses droits de la seule sphère familiale, privée⁵⁸³. Dans la Convention s'opère ainsi une relation triptyque entre l'enfant, sujet des droits dont elle dispose, l'État auquel incombe des obligations positives de protection et de mise en œuvre de ces droits, et les parents ou tuteurs légaux auxquels incombe le plus immédiatement la responsabilité des enfants et de leur éducation⁵⁸⁴. Aux termes de la Convention les adultes sont ainsi, à titre de parents ou de responsables légaux, reconnus comme titulaires de droits et bénéficiaires de protection⁵⁸⁵. En actant de leur prime responsabilité d'assurer la protection et le

⁵⁸⁰ *Ibid* à la p 179.

⁵⁸¹ Archard & Tobin, *supra* note 333 à la p 23.

⁵⁸² Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 173.

⁵⁸³ *Ibid* à la p 183.

⁵⁸⁴ *Ibid* à la p 184.

⁵⁸⁵ On recense trente-deux occurrences du terme « parents » dans le texte de la Convention. Outre les articles 5 et 14, respectivement relatifs au rôle des parents dans l'orientation et l'éducation des enfants et à la liberté de pensée et de religion, les droits des parents sont compris dans les dispositions suivantes :

À l'article 2(1), la Convention reconnaît le droit de l'enfant de ne pas être discriminé en ces termes : « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant *ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.* »

À l'article 3(2) : « Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, *compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui,* et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. »

À l'article 7(1), la Convention reconnaît à l'enfant de « connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

À l'article 9(1) : « Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré... »

À l'article 10(1) : « Conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, *toute demande faite par un enfant ou ses parents* en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses *pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.* ».

À l'article 18(1) : « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel *les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux.* Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. »

développement des enfants, la Convention engage ainsi une double reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux. La première – dont témoigne notamment l'article 18⁵⁸⁶ – procède de la responsabilité incombant aux parents et tuteurs légaux *dans* la protection et la réalisation des droits de l'enfant. Elle engage ainsi l'État envers eux précisément parce qu'ils participent directement de la protection de l'enfant et de ses droits. La seconde considère plus immédiatement la qualité de parents ou tuteurs légaux, tend à l'envisager

À l'article 18(2) : « Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants. »

À l'article 18(3) : « 3. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises. »

À l'article 23(2) : « Les États parties reconnaissent le droit à des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises *et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'état de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié.* »

À l'article 23(3) : « Eu égard aux besoins particuliers des enfants handicapés, l'aide fournie conformément au paragraphe 2 du présent article est gratuite chaque fois qu'il est possible, *compte tenu des ressources financières de leurs parents ou de ceux à qui l'enfant est confié,* et elle est conçue de telle sorte que les enfants handicapés aient effectivement accès à l'éducation, à la formation, aux soins de santé, à la rééducation, à la préparation à l'emploi et aux activités récréatives, et bénéficient de ces services de façon propre à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel, y compris dans le domaine culturel et spirituel. »

À l'article 24(2) : « Les États parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour : [...] (d) Assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés ; (e) Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information ; (f) Développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale

À l'article 27(2) : « C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant. »

À l'article 27(3) : « 3. Les États parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement. »

À l'article 29(1), concernant les objectifs de l'éducation : « (c) inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ».

⁵⁸⁶ L'article 18 de la Convention dispose :

1. Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. *La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux.* Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants

CDE, *supra* note 24, arts 18(1) et 18(2), nos italiques.

comme statut à part entière et à lui associer des droits spécifiques *envers* les enfants. Ainsi, l'article 5 de la Convention dispose-t-il que :

Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention⁵⁸⁷.

En son article 14 la Convention reconnaît également « le droit et le devoir » des parents et responsables légaux de « guider » l'enfant dans l'exercice de son droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion⁵⁸⁸. Une disposition qui tendrait à suggérer qu'aux parents et tuteurs légaux serait reconnu le droit de déterminer la religion de leurs enfants⁵⁸⁹. Par ces articles 5 et 14, la Convention semblerait considérer la reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux *sur* les enfants, précisément parce que ce sont les *leurs* et non au seul titre des responsabilités qui leur incombe en matière de protection et de réalisation de leurs droits. En engageant à ce que ces droits s'exercent « d'une manière qui corresponde au développement [des] capacités » de l'enfant⁵⁹⁰, cependant, les articles 5 et 14 associent leur reconnaissance à la protection et la réalisation de ceux des enfants. Exclusive à ces deux dispositions, cette référence explicite aux « capacités évolutives de l'enfant » témoigne des difficultés qu'emporta, au cours de l'élaboration de la Convention, la considération conjointe des droits des enfants, d'une part, et de ceux que leurs parents ou tuteurs légaux pourraient exercer, exercent ou devraient pouvoir exercer sur eux, d'autre part⁵⁹¹. Ce dont John Tobin et Sheila Varadan rendent compte en ces termes :

As these proposals were discussed, the debate ensued on two fronts. First, a desire to recognize and protect the family as the 'natural and fundamental group unit of society' and second, a commitment to the idea that exercise of parental responsibilities would be directed towards 'having due regard for the importance of allowing the child to develop the skills and knowledge required for an independent adulthood'⁵⁹².

Distancier la Convention d'une compréhension de l'enfant comme seul objet de protection excluait ainsi que la reconnaissance de droits aux adultes tende à voir considérer l'enfant comme propriété de ses parents ou tuteurs légaux⁵⁹³. Reconnaître l'enfant comme sujet exigeait néanmoins de considérer sa condition

⁵⁸⁷ *Ibid*, art 5.

⁵⁸⁸ *Ibid*, art 14.

⁵⁸⁹ Varadan, *supra* note 352 à la p 315.

⁵⁹⁰ CDE, *supra* note 24, arts 5 et 14.

⁵⁹¹ Varadan, *supra* note 352 aux pp 310, 312 et 315.

⁵⁹² Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 160.

⁵⁹³ Varadan, *supra* note 352 à la p 315.

d'enfant – vulnérable autant qu'impermanente – et, partant, le rôle singulier de ceux auxquels incombe « au premier chef » la responsabilité d'assurer son développement⁵⁹⁴. Manifeste dans les travaux d'élaboration de la Convention – et, en particulier, de l'article 5 –, cette difficulté se traduit autant qu'elle est palliée par la référence qu'incluent leurs libellés aux « capacités évolutives de l'enfant »⁵⁹⁵. Laquelle contribue à ce que soient reconnus les rôles singuliers et prérogatives des parents et tuteurs légaux à l'égard de leurs enfants, autant que les limites de leur portée par le rappel que ce sont bien les droits *des enfants* dont il s'agit, par la Convention, d'assurer la protection et la pleine réalisation⁵⁹⁶.

2.1.2. *La reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux dans un traité dédié aux droits de l'enfant*

Actant du rôle fondamental des parents et tuteurs légaux à l'égard de la protection de l'enfant autant que de celle de ses droits – et de leur réalisation –, l'article 5 leur reconnaît un droit à l'exercer ainsi que la capacité discrétionnaire à en déterminer les modalités. Il incombe aux États, de respecter ces droits, responsabilités

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ *Ibid.* « At the same time, the fact that the issue of children's capacities would continue to re-emerge in the discussions of the Working Group, notably in the context of civil and political rights and the right to education, was not insignificant. It was during these discussions that a number of Working Group members identified the need for a general provision that would address the role of children's evolving capacities in the exercise of their rights under the UNCRC. To respond to these calls while still respecting the views of those Working Groups members who remained concerned about parental rights, the Committee sought to strike a delicate balance within article 5. The wording of the provision would acknowledge the role of the evolving capacities of the child, while recognising the importance of parents, guardians, extended family and community in the upbringing of the child (OHCHR, 2007, vol. 1: 360; Working Group Report, 1988, paras. 30, 32; Tobin and Varadan, 2019). As such, the intended scope and function of article 5 was not to create a broad principle of evolving capacities under the Convention but to bring together two important general concepts within article 5 of the UNCRC: (a) the child as a rights holder under the UNCRC; (b) the rights, responsibilities and duties of parents and adult caregivers (legal guardians, community and extended family) in the upbringing of children under international law (Working Group Report, 1988, para. 28). »

⁵⁹⁶ Aussi John Tobin et Sheila Varadan estiment que : « In many contemporary societies, the values that underlie article 5 may not be considered novel or particularly problematic. However, this provision represents a radical departure from historical conceptions of the child/parent relationship in which children, under the doctrine of *patria potestas*, were literally conceived as the property of their parents and more specifically their father. Article 5 also destabilizes the idea under the welfare model that the child is merely a passive object who needs the protection of his or her parents. The concept of evolving capacities clearly recognized not only the evolving agency, insights, abilities, and autonomy of children but also the duty of parents and carers to recognize these evolving capacities. Article 5 therefore offers a different conception of the parent/child relationship which is best characterized as a trustee or a fiduciary type relationship. It recognized the power differential that exists within a parent child relationship. It also requires that states must respect the rights and duties of parents with respect to the upbringings of their children. However, as is the case with a trustee or fiduciary, article 5 mandates that the power of parents must be exercised not for their own benefit but for the benefit of their child and the enjoyment of his or her rights. This is affirmed by article 18 of the Convention which further requires that parents must make children's best interest their basic concern. ». Voir : Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 161.

et devoirs des parents et tuteurs légaux dont dispose la Convention⁵⁹⁷ – et, en particulier, aux articles 14, 18 et 27⁵⁹⁸. Ces trois droits concernent respectivement les droits de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion⁵⁹⁹, les responsabilités spécifiques des parents et tuteurs légaux ainsi que le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant⁶⁰⁰. À cette obligation de respecter les droits des parents et tuteurs légaux s'attache également, pour l'État, celle de les assister dans l'exercice de leurs responsabilités envers les enfants et la réalisation de leurs droits⁶⁰¹. Cette reconnaissance des responsabilités et autorité parentales est néanmoins circonscrite au droit de l'enfant au développement. Responsables, au premier chef, de la réalisation de ce droit – par ailleurs indispensable à celle de l'ensemble des droits qui lui sont reconnus – les parents et tuteurs légaux doivent, dès lors, être envisagés non comme titulaires de droits *sur* leurs enfants mais comme *dépositaires* de ce droit de l'enfant à développer ses aptitudes à exercer ses propres droits et acquérir une autonomie⁶⁰². S'ils sont sujets de droits au titre de la Convention, cette qualité leur est néanmoins reconnue en ce qu'elle contribue, facilite, accompagne la protection et la réalisation des droits de l'enfant. Aussi à ce droit de l'enfant au développement s'attachent, aux termes de l'article 5, les paramètres dans lesquels doivent s'exercer les responsabilités des parents et tuteurs légaux. Le droit au respect de leurs responsabilités et prérogatives engageant, dès lors, que celles-ci correspondent « au développement [des] capacités de l'enfant » et soient « approprié[es] à l'exercice des droits que lui reconnaît la [...] Convention ». À cet égard John Tobin et Sheila Varadan relèvent de la jurisprudence du Comité que l'article 5 dispose d'une double obligation incombant aux parents et tuteurs légaux dans l'exercice de leurs responsabilités envers l'enfant. Il doit, d'une part, être conforme à l'ensemble des droits dont dispose la Convention, et non seulement aux

⁵⁹⁷ *Ibid* à la p 163.

⁵⁹⁸ *Ibid*.

⁵⁹⁹ Lequel réfère également aux capacités évolutives de l'enfant.

⁶⁰⁰ *CDE, supra* note 24, art 27, se lisant comme suit:

« 1. Les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.

3. Les États parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement.

4. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. En particulier, pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à l'égard de l'enfant vit dans un État autre que celui de l'enfant, les États parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés. »

⁶⁰¹ Varadan, *supra* note 352 à la p 329.

⁶⁰² *Ibid* à la p 320; *Observation générale no 12, supra* note 354 au para 91.

articles 18, 19 et 27 disposants de leurs obligations spécifiques envers leurs enfants⁶⁰³. Il est, d'autre part, considéré comme étant « approprié », ou valide, dans la mesure où il favorise le développement des habilités de l'enfant à bénéficier et exercer ses propres droits :

In other words, article 5 anticipates that parental direction and guidance must have a nexus with the ability of a child to progressively enjoy his or her rights in light of his or her evolving capacities. This requirement anticipates that parents will not simply refrain from action that would undermine or threaten the enjoyment of a child's rights but will actually take positive measures to enhance the capacity of a child to enjoy his or her rights⁶⁰⁴.

Les droits et responsabilités reconnus aux parents et tuteurs légaux que reconnaît l'article 5 sont ainsi immédiatement encadrés par ce que John Tobin et Sheila Varadan qualifient de *principes de conformité* (*the principle of consistency*) et de *validité* (*the principle of effectiveness*). En cela, l'article 5 exclut que l'autorité parentale puisse prévaloir sur les droits reconnus aux enfants par la Convention et réengage la responsabilité des États en ce sens. Les droits de l'enfant devant avoir préséance sur ceux que reconnaît la Convention à leurs parents et tuteurs légaux⁶⁰⁵, l'article 5 anticipe, en outre, que « when a child reaches a sufficient level of maturity and capacity to exercise his or her rights independently, there will no longer be a need or a justification for parental direction and guidance »⁶⁰⁶. L'exercice des responsabilités et prérogatives des parents et tuteurs légaux devant ainsi être ajusté au développement de l'enfant et à ses « capacités évolutives ». Exclusive aux articles 5 et 14, cette référence explicite aux « capacités évolutives de l'enfant » témoigne des difficultés associées à la considération conjointe des droits de l'enfant, d'une part, et des droits et responsabilités des parents et tuteurs légaux, d'autre part⁶⁰⁷. Elle traduit ainsi l'équilibre entre exigence de protection spéciale et reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits mais aussi de ses droits. Et si les

⁶⁰³ « Thus, for example, parents could not discriminate against their children on the basis of their gender or disability or indeed any other status. Similarly, although corporal punishment may be considered an appropriate form of discipline by some parents, the Committee has made it clear that this practice is incompatible with several provisions under the Convention. Moreover, some parents may consider the need to comply with religious beliefs as an appropriate form of direction and guidance in areas like the refusal of blood transfusion for a child who is a Jehovah's witness or female genital cutting. However, such practices are incompatible with provisions such as article 6 and 24(3) of the Convention. »

Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 172.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ Varadan, *supra* note 352 à la p 320. « In this fourth function, the Committee makes clear that parents and guardians no longer carry a *carte blanche* in how they provide guidance and direction to their children: parental guidance and direction must be provided in a manner that reflects a child's unique needs and evolving capacities, and such guidance needs to be adjusted continually to enable the child to exercise progressive levels of agency and responsibility in the exercise of her rights. Viewed in this way, "evolving capacities" as an enabling principle has 'profound significance for the triangular relationship between the child, the family and the State' (Lansdown, 2005: ix): it transforms the role of the parent from primary rights-holder over their child, to duty-bearer to their child in the child's exercise of her rights under the UNCRC. »

⁶⁰⁶ Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 164.

⁶⁰⁷ Varadan, *supra* note 352 à la p 315.

travaux préparatoires confirment cette fonction des « capacités évolutives de l'enfant »⁶⁰⁸, ils témoignent cependant de l'attention marginale accordée à ce que recouvre cette notion au cours de l'élaboration de la Convention⁶⁰⁹. En l'absence de disposition équivalente dans d'autres instruments de protection des droits humains, la compréhension de ces « capacités évolutives de l'enfant » – et, en particulier, aux termes de l'article 5 – se trouve ainsi immédiatement informée par l'interprétation qu'en propose le Comité des droits de l'enfant⁶¹⁰.

2.2. Les « capacités évolutives de l'enfant » ou la reconnaissance de l'agentivité de l'enfant

Introduite en 1984 par le Groupe de travail de sorte d'assurer la reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux tout en limitant leur portée sur les droits reconnus aux enfants⁶¹¹, la notion de « capacités évolutives de l'enfant » tient une place aussi marginale que fondamentale dans la compréhension des droits de l'enfant. Exclusive à deux dispositions de la Convention – lesquelles ne sont pas distinguées comme relevant de *principes généraux* – elle jalonne cependant l'interprétation des droits de l'enfant que propose le Comité. Des travaux de celui-ci, les « capacités évolutives de l'enfant » tendent à se distinguer comme principe fondamental de la Convention (2.2.1). Aussi cette notion de « capacités évolutives de l'enfant » informe immédiatement la compréhension tant de l'article 3(1) que de la qualité de sujet de droits et de ses droits que reconnaît la Convention à l'enfant (2.2.2).

⁶⁰⁸ Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 162.

⁶⁰⁹ Varadan, *supra* note 352 à la p 332.

⁶¹⁰ À cet égard, John Tobin et Sheila Varadan remaquent que : « The absence of a provision equivalent to article 5 in other human rights instruments has robbed article 5 of the interpretative guidance offered to other articles under the Convention by the jurisprudence generated under other human rights instruments with comparable provisions. In turn, this has placed a greater burden on the Committee on the Rights of the Child ('CRC Committee', 'the Committee') to map out the contours of article 5. However, the Committee has developed an interesting relationship with article 5. This provision seldom figures as an article of explicit concern in the Committee's concluding observations and the Committee's 'official' list of so-called 'general principles' under the Convention – articles 2, 3, 6, and 12 – does not include article 5. This is a curious omission given that it was stressed during drafting that the issues addressed in article 5 should 'be included early in the draft Convention...in order to emphasize its importance and relationship to *all the other rights* contained in the draft convention' (emphasis added) ». Voir : Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 162.

⁶¹¹ Varadan, *supra* note 352 à la p 310. Voir également: 1984 Report of the WG, *supra* note 393 à la p 455, au para 13.

2.2.1. Les « capacités évolutives de l'enfant » comme principe fondamental de la Convention : l'apport de la jurisprudence du Comité

Les travaux du Comité témoignent de son attention constante envers la notion de « capacités évolutives de l'enfant » et dépassant largement le seul cadre de l'interprétation des articles 5 et 14 qui en disposent. Des seules Observations générales, Sheila Varadan relevait ainsi en 2019, que les travaux du Comité réfèrent à plus de quatre-vingts reprises à ces « capacités évolutives de l'enfant »⁶¹² et que celles-ci sont mobilisées dans l'interprétation d'au moins quatorze dispositions de la Convention, incluant tant les quatre *principes généraux* énoncés que les droits civils et politiques reconnus à l'enfant – et, notamment, les droits à la liberté d'expression⁶¹³, à la liberté de pensée, de conscience et de religion⁶¹⁴.

Bien que les articles 5 et 14 ne soient pas distingués comme *principes généraux* de la Convention – qualité exclusive aux articles 2, 3(1), 6 et 12⁶¹⁵ –, le Comité associe un rôle fondamental aux « capacités évolutives de l'enfant » dans l'interprétation et la mise en œuvre de l'ensemble des droits reconnus aux enfants par la Convention⁶¹⁶. Des travaux du Comité, Sheila Varadan relève ainsi que :

[t]he Committee has derived a role and function for “evolving capacities” that can be distilled into three broad categories: (1) “evolving capacities” as an enabling principle, in which the term is used to empower children in the exercise of their rights under the UNCRC; (2) “evolving capacities” as an interpretative principle, in which the term is used to interpret specific provisions of the Convention in a manner that recognizes children’s capacities in the exercise of their rights; (3) “evolving capacities” as a policy principle, in which the term is used to guide States in policy-making and programming on children’s rights⁶¹⁷.

Des trois fonctions attribuées par le Comité à ces « capacités évolutives de l'enfant » se distingue ainsi la reconnaissance de l'agentivité de l'enfant à laquelle il engage par le caractère transversal qu'il associe à cette notion applicable à l'interprétation de l'ensemble de la Convention et de sa mise en œuvre⁶¹⁸. Comme *principe habilitant*, tout d'abord, le Comité mobilise la notion de « capacités évolutives de l'enfant » de sorte de réaffirmer tant la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits. S'il n'envisage pas que l'enfant

⁶¹² Varadan, *supra* note 352 à la p 308.

⁶¹³ CDE, *supra* note 24, art 13.

⁶¹⁴ *Ibid*, art 14.

⁶¹⁵ Varadan, *supra* note 352 à la p 330.

⁶¹⁶ *Ibid*.

⁶¹⁷ « [t]he Committee uses the principle of evolving capacities as a basis to recognise children’s *entitlement to exercise increasing agency* over their rights as they grow and mature. It affirms that even very young children are rights-holders under the UNCRC, *with an entitlement to progressive exercise of their rights as they grow, mature and develop*. In other words, while a younger child requires more guidance in the exercise of rights, as a child grows and develops, there is a corresponding obligation to grant him or her *increasing levels of agency* to take responsibility over the exercise of rights » *Ibid* à la p 316, nos italiques.

⁶¹⁸ *Ibid* à la p 330.

soit pleinement autonome – quel que soit son âge – dans l'exercice de ses droits, le Comité engage cependant à considérer l'enfant non seulement comme étant apte à acquérir cette autonomie mais comme ayant le droit d'en développer les capacités⁶¹⁹. Aussi, l'enfant – y compris en bas âge⁶²⁰ – doit-il être considéré comme étant capable de contribuer à la prise de décision le concernant⁶²¹ et ainsi envisagé comme acteur de la protection et de la réalisation de leurs propres droits⁶²². Comme *principe directeur*, ensuite, Sheila Varadan relève que l'usage de la notion de « capacités évolutives de l'enfant » par le Comité :

[i]ntroduces a framework in which provisions of the Convention are interpreted in a manner that supports the child's exercise of rights in line with their evolving capacities. It also introduces an obligation on States, alongside parents and guardians, to take measures to support children in the exercise of their rights as their capacities develop, creating environments adapted to their evolving capacities, and ensuring they are provided with the resources and information needed to exercise their rights in institutional settings⁶²³.

À ce titre les « capacités évolutives de l'enfant » intéressent immédiatement la compréhension des rôles et responsabilités qui incombent tant aux parents et tuteurs légaux qu'à l'État dans la protection et la réalisation des droits reconnus aux enfants. Aussi dans cette deuxième fonction associée aux « capacités évolutives de l'enfant », le Comité tend à réitérer que la reconnaissance de droits aux parents et tuteurs légaux est conditionnelle des responsabilités et des devoirs qu'ils ont envers leurs enfants et le développement de leur agentivité. En cela, le Comité confirme la distanciation de la Convention d'une compréhension de l'enfant comme seul objet de protection autant qu'il exclut que les droits reconnus aux parents et tuteurs légaux, ou quelque autorité parentale, puissent prévaloir tant sur les droits de l'enfant que sur ses propres capacités à les exercer⁶²⁴. Dans ses recommandations aux États le Comité enjoint, en outre, à considérer les « capacités évolutives de l'enfant » comme critère ou paramètre d'évaluation de l'ensemble des mesures et lois relatives à la protection des droits de l'enfant⁶²⁵. À cet égard, Sheila Varadan relève que le Comité dissocie les « capacités évolutives de l'enfant » des seuls cadres des articles 5 et 14 et enjoint plutôt à les considérer

⁶¹⁹ *Ibid* à la p 318.

⁶²⁰ *Ibid* à la p 319.

⁶²¹ *Ibid* à la p 318.

⁶²² *Ibid* à la p 319.

⁶²³ *Ibid* à la p 329.

⁶²⁴ Aussi, Sheila Varadan estime que : « [t]he Committee makes clear that parents and guardians no longer carry a *carte blanche* in how they provide guidance and direction to their children: parental guidance and direction must be provided in a manner that reflects a child's unique needs and evolving capacities, and such guidance needs to be adjusted continually to enable the child to exercise progressive levels of agency and responsibility in the exercise of her rights. Viewed in this way, "evolving capacities" as an enabling principle has 'profound significance for the triangular relationship between the child, the family and the State' (Lansdown, 2005: ix): it transforms the role of the parent from primary rights-holder over their child, to duty-bearer to their child in the child's exercise of her rights under the UNCRC ». Voir : *Ibid* à la p 320.

⁶²⁵ *Ibid* à la p 328.

comme principe transversal de la protection et de la mise en œuvre des droits dont dispose la Convention⁶²⁶. Comme *principe interprétatif*, enfin, le Comité tend à confirmer le caractère transversal qu'il associe aux « capacités évolutives de l'enfant »⁶²⁷. Aussi, elles interviennent dans les travaux du Comité comme principe d'évaluation du respect, de la protection et de la réalisation de l'ensemble des droits dont dispose la Convention – et, notamment, des quatre droits distingués comme *principes généraux* de la Convention relatifs à la non-discrimination (art 2), à la vie, à la survie et au développement (art 6) mais aussi à la participation (art 12) et à l'intérêt supérieur de l'enfant (art 3(1)). Engageant à considérer plus immédiatement la relation entre le droit de l'enfant d'être entendu et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, cette troisième fonction associée aux « capacités évolutives de l'enfant » recouvre ici un intérêt particulier dans la compréhension de l'enfant comme sujet de droits et de ses droits.

2.2.2. La due considération des « capacités évolutives de l'enfant » dans son intérêt supérieur

De la constance de la considération accordée par le Comité aux « capacités évolutives de l'enfant » se distingue la reconnaissance de l'enfant comme agent – et non seulement titulaire – de ses propres droits à laquelle il engage. Les trois fonctions qu'associe le Comité aux « capacités évolutives de l'enfant » – comme principes *habilitant*, *interprétatif* et *directeur* – traduisent ainsi le caractère transversal qu'il attache à cette notion. L'interprétation que le Comité en propose intéresse la compréhension de l'enfant comme sujet des droits dont dispose la Convention autant que les rôles et responsabilités qui incombent aux parents et tuteurs légaux qu'à l'État dans la protection et la réalisation de l'ensemble de ces droits. Ces « capacités évolutives de l'enfant » cristallisent, ainsi, la tension entre reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits – et de ses droits – et celle de la dépendance, de la vulnérabilité qu'implique sa condition d'enfant. Ce dont témoigne particulièrement l'usage par le Comité des « capacités évolutives de l'enfant » comme *principe interprétatif* applicable à l'ensemble des dispositions de la Convention autant qu'il informe la compréhension de ce sujet de droits qu'elle distingue⁶²⁸. À ce propos, Sheila Varadan estime que :

[t]he Committee's most extensive discussion on the interpretative role of "evolving capacities" comes in its commentary on article 12 (right to be heard). The Committee ascribes three functions to "evolving capacities" in its interpretation of article 12: (1) interpreting 'capable of forming his or her own views' in a manner that enables all children to engage their rights under article 12; (2) providing a framework for assessing and attributing 'due weight' to the views of the child; (3) recognising the right to be heard as a condition precedent in the child's right to

⁶²⁶ *Ibid* à la p 326.

⁶²⁷ *Ibid* à la p 330.

⁶²⁸ *Ibid* à la p 320.

receive appropriate direction and guidance from parents, guardians and adult carers under article 5⁶²⁹.

Dans son interprétation du droit de l'enfant d'être entendu, le Comité mobilise la notion de « capacités évolutives de l'enfant » à trois égards. Elle intervient, tout d'abord, dans l'interprétation de l'expression « capable de discernement » dont dispose l'article 12. Elle appuie ainsi la présomption de capacités à laquelle engage le Comité⁶³⁰. Ensuite, le Comité propose de considérer la notion de « capacités évolutives de l'enfant » comme paramètre d'évaluation de la due considération à accorder aux opinions de l'enfant⁶³¹ – et, notamment, dans la détermination de son intérêt supérieur⁶³². Enfin, dans un mouvement inverse, le Comité distingue le droit de l'enfant d'être entendu comme condition de base de la protection et de la réalisation de son droit à recevoir une orientation et des conseils appropriés à ses capacités évolutives dont dispose l'article 5⁶³³ – tant dans les contributions à la protection et la réalisation de ce droit relevant des parents et tuteurs légaux⁶³⁴ que dans celles incombant à l'État⁶³⁵.

Des usages de la notion de « capacités évolutives de l'enfant » comme *principe interprétatif* par le Comité se distinguent plusieurs éléments d'importance pour la compréhension de l'enfant comme sujet des droits

⁶²⁹ *Ibid* à la p 323.

⁶³⁰ Varadan p 323 : « In its first function, the CRC Committee invokes the concept of evolving capacities to dispel the notion that a child must meet a threshold of competency to be 'capable of forming his or her own views' under article 12 of the UNCRC. The Committee explains that the reference to 'capable of forming his or her own views' 'should not be seen as a limitation, but rather as an obligation for States parties to assess the capacity of the child to form an autonomous opinion to the greatest extent possible' (General Comment No. 12, para. 20) and to create an environment to enable the child to express her views. »

⁶³¹ Varadan p.324 : In its second function, the CRC Committee introduces the prospect of using "evolving capacities" as a framework to accord "due weight" to the views of the child under article 12 of the UNCRC. The CRC Committee has stated that '[c]onsideration needs to be given to the notion of the evolving capacities of the child' (General Comment No. 12, para. 31) explaining that 'article 12 makes it clear that age alone cannot determine the significance of a child's view. Children's level of understanding is not uniformly linked to their biological age' (General Comment No. 12, para. 29). In at least two instances, the CRC Committee uses "evolving capacities" as a basis to assess "due weight". In the context of children with disabilities, the CRC Committee notes that the child's views need to be respected in accordance with their evolving capacities (General Comment No. 9, para. 32), while in the context of migration, the CRC Committee places "evolving capacities" alongside "age and maturity" (General Comment No. 22, para. 34).

⁶³² Varadan, *supra* note 352 à la p 321.

⁶³³ Varadan p 324.

⁶³⁴ Varadan p. 324-325: In other words, for parents and guardians to provide appropriate direction and guidance to children in line with article 5, they must take into account the views of children, and as a child's capacities evolve, greater weight must be ascribed to the views of the child, with parents and guardians adjusting their guidance and direction to reflect the child's evolving capacities in the exercise of her or his rights.

⁶³⁵ Varadan p 329 : « As an interpretative principle, "evolving capacities" introduces a framework in which provisions of the Convention are interpreted in a manner that supports the child's exercise of rights in line with their evolving capacities. It also introduces an obligation on States, alongside parents and guardians, to take measures to support children in the exercise of their rights as their capacities develop, creating environments adapted to their evolving capacities, and ensuring they are provided with the resources and information needed to exercise their rights in institutional settings. »

dont dispose la Convention. En établissant un lien intrinsèque entre l'article 12 et les « capacités évolutives de l'enfant », tout d'abord, le Comité réitère la distinction du droit de l'enfant d'être entendu comme condition de base de la protection et de la réalisation des droits de l'enfant. Il importe, notamment, de rappeler que le Comité exclut dans son interprétation de l'article 12 que les capacités de discernement et degré de maturité de l'enfant puissent constituer quelques limites tant de la reconnaissance à l'enfant de son droit d'être entendu que de son exercice par l'enfant lui-même. Sans envisager que l'enfant soit pleinement autonome, le Comité engage néanmoins à présumer des capacités de l'enfant à former et exprimer ses opinions autant qu'il exclut qu'à l'enfant puisse incomber de faire la preuve de ses propres capacités. L'âge, le discernement et la maturité de l'enfant ne devant, ainsi, intervenir que comme paramètres d'évaluation des modalités dans lesquelles peut s'opérer l'exercice par l'enfant de son droit d'être entendu. L'interprétation de l'article 12 dont dispose le Comité tend ainsi à exclure que la titularité de ce droit d'être entendu autant que son exercice soient conditionnels de l'âge de l'enfant. Que l'article 12 dispose d'un *principe général* suggère, en outre, que cette présomption de capacités s'applique à l'ensemble des droits protégés par la Convention – et notamment à l'égard du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dont le droit de l'enfant d'être entendu dispose de la « méthode » d'évaluation et de détermination qui constituent une obligation positive au titre de l'article 3(1). Les liens de réciprocité entre les articles 12 et 3(1) de la Convention semblant ainsi confirmer que la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits ne puisse aucunement être conditionnelle de son âge. Dans l'interprétation de l'article 12 dont dispose le Comité, les « capacités évolutives de l'enfant » tendent ainsi à renforcer cette qualité de condition de base associée au droit de l'enfant d'être entendu dans la protection et de la réalisation de l'ensemble des droits qui lui sont reconnus.

De l'interprétation de ces « capacités évolutives de l'enfant » par le Comité – tant comme principe *habilitant* que *directeur* et *interprétatif* – se distingue ensuite une autre présomption : celle des aptitudes de l'enfant à développer ses habiletés à exercer ses propres droits, immédiatement associée au droit de l'enfant au développement. Cette seconde présomption est intrinsèquement liée à l'interprétation que propose le Comité des droits, responsabilités et devoirs reconnus aux parents et tuteurs légaux en ce qu'elle exclut que quelque autorité parentale autant que l'âge de l'enfant concerné puissent justifier qu'il soit tenu à l'écart des décisions intéressant la protection et la réalisation de ses propres droits – et, notamment, dans l'évaluation et la détermination de son intérêt supérieur⁶³⁶. Elle informe, en outre, les responsabilités de l'État envers

⁶³⁶ Varadan, *supra* note 352 à la p 321. À cet égard, John Tobin et Sheila Varadan estiment que : « [t]his approach tends to anticipate that a child's views, if sufficiently mature, will be determinative of his or her interests. Moreover, as article 18 of the Convention requires that parents must make a child's best interests their basic concern, the Committee's comments imply that once a child has the capacity to determine his or her best interests, there will no longer be a need or justification for parents to provide the direction and guidance to a child that is anticipated by article 5 ». Voir : Tobin & Varadan, *supra* note 352 à la p 176.

l'enfant, sa protection, celle de ses droits et leur réalisation et les engage à une considération constante de ces « capacités évolutives de l'enfant ». Le Comité, cependant, distingue les « capacités évolutives de l'enfant » de l'interprétation des seuls articles 5 et 14 qui en disposent. Aussi, engage-t-il ainsi à présumer des aptitudes de l'enfant à exercer ses droits dans la mise en œuvre et l'interprétation de l'ensemble de la Convention et, ainsi, à envisager l'enfant comme agent de la protection et de réalisation de ses propres droits quel que soit son âge. Cette présomption de capacités ou d'aptitudes à laquelle engage le Comité dans son interprétation des « capacités évolutives de l'enfant » intervient ainsi à deux égards. Elle oriente, d'une part, les responsabilités et devoirs des parents et tuteurs légaux autant que de l'État envers la protection et la réalisation des droits de l'enfant en engageant à ce que celles-ci tiennent compte – par des mesures positives – du développement de l'enfant, de son impermanence et de son droit à développer ses habiletés à exercer ses propres droits de manière indépendante. Elle confirme, d'autre part, la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits – et de ses droits – à laquelle engage la présomption de capacités associée au droit de l'enfant d'être entendu dont dispose l'article 12, par ailleurs *principe général* de la Convention. L'interprétation des « capacités évolutives de l'enfant » dont dispose le Comité tend ainsi à « doubler » ou sécuriser cette présomption de capacités associée à l'article 12. En cela, les « capacités évolutives de l'enfant » interviennent comme principe garant de la reconnaissance de l'enfant comme sujet des droits dont dispose la Convention autant que comme agent de leur protection et leur réalisation, et ce quel que soit son âge⁶³⁷.

Section 3 Les droits reconnus aux enfants

De l'examen de l'article 3(1) se distingue l'importance accordée par les États à la préservation de leurs compétences et prérogatives en matière d'immigration et de citoyenneté dans les discussions intéressant son élaboration. Participant de la cristallisation de celles-ci autour de la portée à accorder au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, la distinction de ces deux champs de compétences tend à informer la compréhension de l'indétermination sémantique, conceptuelle et normative que traduit le libellé de l'article 3(1) finalement adopté. La qualité de *principe général* associée à l'article 3(1) par le Comité autant que l'interdépendance des droits dont dispose la Convention engage à constater la permanence de cette attention des États à la préservation de leurs compétences souveraines en matière d'immigration et de citoyenneté (3.1). Jalonnant

⁶³⁷ Varadan, *supra* note 352 à la p 322.

les travaux préparatoires, elle se manifeste notamment envers l'élaboration des dispositions intéressant les droits de l'enfant à ne pas être séparé de sa famille (art 9) et au regroupement familial (art 10). Trouvant un écho particulier en contexte migratoire, ces deux droits engagent à considérer l'interaction entre la reconnaissance du rôle fondamental de la famille dans la protection et la réalisation des droits de l'enfant dont dispose la Convention et les prérogatives des États en matière d'immigration et de citoyenneté. Laquelle tend, à son tour, à interroger la teneur des droits reconnus aux enfants et leur éventuelle conditionnalité à la citoyenneté ou à quelque statut d'immigration (3.2).

3.1. Les droits de l'enfant à l'épreuve des prérogatives souveraines en matière d'immigration et de citoyenneté

À l'instar des discussions intéressant l'article 3(1) – formalisant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant –, les travaux préparatoires témoignent de l'attention des États à préserver leurs compétences souveraines en matière d'immigration et de citoyenneté dans l'élaboration de nombre de dispositions de la Convention. Parmi celles-ci figurent, notamment, le droit de l'enfant à la non-discrimination dont dispose l'article 2 – par ailleurs distingué comme *principe général* de la Convention – (3.1.1) autant que le droit de l'enfant à un nom et à une nationalité (art 7) et les dispositions intéressant le rôle fondamental accordé par la Convention à la famille (3.1.2).

3.1.1. *Citoyenneté, immigration et l'élaboration des principes généraux de la Convention : l'article 2 et la non-discrimination*

Dans le sillage des instruments internationaux dédiés à la protection des droits humains alors en vigueur, les travaux d'élaboration de la Convention engagèrent à considérer le principe de non-discrimination au titre

des droits reconnus aux enfants⁶³⁸. Inclus au premier projet de convention présenté par la Pologne⁶³⁹, le libellé de celui-ci souleva d'importantes discussions dont les travaux préparatoires témoignent de l'articulation autour de trois considérations distinctes : l'inclusion de la naissance hors mariage parmi les motifs de discrimination prohibés⁶⁴⁰, le degré de contrainte associé, pour les États parties, au principe de

⁶³⁸ La Convention adoptée en 1989 l'énonce, en son article 2, en ces termes :

1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille

Et dans sa version anglaise :

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

Voir : *CDE*, *supra* note 24, art 2; OHCHR, *supra* note 109 à la p 314.

⁶³⁹ Aux termes du premier projet de convention, présenté par le gouvernement de la Pologne en 1978, deux articles distincts disposaient de considérations intéressant le principe de non-discrimination, les articles I et X, se lisant comme suit :

Article I. Every child, without any exception whatsoever, shall be entitled to the rights set forth in this Convention, without distinction or discrimination on account of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, whether of himself or of his family.

Article X. The child shall be protected from practices which may foster racial, religious or any other form of discrimination. He shall be brought up in a spirit of understanding, tolerance, friendship among peoples, peace and universal brotherhood, and in full consciousness that his energy and talents should be devoted to the service of his fellow men.

Voir : 1979 Report of the WG, *supra* note 369 à la p 314, aux paras 124-125.

⁶⁴⁰ Dès 1979, plusieurs commentaires émis par les États membres des Nations Unies sur le premier projet de convention proposé par la Pologne relevèrent l'importance de considérer la discrimination fondée sur la naissance hors mariage. À titre d'exemple peut notamment être mentionné le commentaire émis par la République Démocratique d'Allemagne en 1979, se lisant comme suit : « Drawing on its previous experience in this field, the German Democratic Republic should like to make the following suggestion to make the language more precise: "An explicit provision should be included in the Convention to preclude discrimination against children of unmarried parents. On this subject, the German Democratic Republic earlier submitted to the Secretary-General of the United Nations detailed observations on the 'Draft general principles on equality and non-discrimination in respect of children born out of wedlock'." » Une proposition similaire fut soumise à l'attention du groupe de travail par le gouvernement espagnol. Voir :

Doc NU E/CN.4/1324, au para 2 pour le commentaire de la République Démocratique d'Allemagne ainsi que Doc NU E/CN.4/1324 pour la proposition de l'Espagne, respectivement cités dans OHCHR, *supra* note 109 aux pp 315-316. Au cours des travaux de première lecture (1979-1988), plusieurs propositions furent émises afin que soit considérée la naissance hors mariage dans les dispositions de la Convention relatives au principe de non-discrimination. Celles-ci ne furent cependant immédiatement abordées par le groupe de travail qu'en 1986. Aussi, la Chine proposa dès 1984 l'ajout d'un nouvel article au corpus de la Convention se lisant comme suit : « The States Parties to the present Convention should protect the interests of the children born out of wedlock and ensure to them the rights as enjoyed by those born in lawful wedlock ». Voir: 1984 Report of the WG, *supra* note 393 à la p 323. Une proposition analogue

non-discrimination⁶⁴¹ ainsi que les paramètres de son applicabilité⁶⁴². Ce dernier, intrinsèquement lié au deuxième, engagea notamment à considérer les prérogatives souveraines des États en matière d'immigration et de citoyenneté et ce, dès 1979, alors que les articles relatifs au principe de non-discrimination disposaient notamment que : « [t]he States Parties to the present Convention recognize the right of alien children staying in their territories to enjoy the rights provided for in this Convention »⁶⁴³. La pertinence d'une telle

fut également soumise à l'attention du groupe de travail par le groupe *ad hoc* d'organisations non-gouvernementales en 1985. Elle se lisait comme suit :

« 1. The States Parties shall protect the interests of children born out of wedlock, in particular by ensuring that they shall enjoy the same legal rights as all other children.

2. The States Parties to the present Convention shall ensure that all children have the right to legal recognition of both maternity and paternity, and that no child shall suffer from discrimination in inheritance rights because of the legal status of his or her parents. ». Voir : Doc NU E/CN.4/1986/WG.1/WP.1, à la p 8, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 324. Pour la liste complète des organisations non-gouvernementales parties à ce groupe *ad hoc*, voir OHCHR, *supra* note 109, annexe III (B). Les considérations intéressant la discrimination fondée sur la naissance hors mariage furent particulièrement discutées au cours de la session de 1986 du Groupe de travail. En 1988, elles firent à nouveau l'objet d'une proposition d'ajout d'un article y étant spécifiquement dédiées par le gouvernement de la République Fédérale d'Allemagne. Brièvement discutée par le Groupe de travail en 1988, il fut cependant estimé que les dispositions relatives à la non-discrimination adoptées jusqu'alors couvraient déjà les considérations engagées par cette proposition. À cet égard, voir : *1988 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1988/28 aux paras 226-230, cité dans *Ibid* à la p 328. Au terme des travaux de seconde lecture, en 1989, la République Fédérale d'Allemagne émit la déclaration suivante : « The delegation of the Federal Republic of Germany stated its desire that the discussion on substantive articles of the draft convention not be reopened. However, it expressed its disappointment that nothing more could be done for the protection of an extremely weak group of children, the children born out of wedlock. In January 1988 it had tabled a detailed proposal on this issue which unfortunately had to be withdrawn but which it would have to present once again if the discussion of the substance of the draft is reopened again ». Voir : note 395 à la p 334, au para 721. Pour les discussions tenues par le groupe de travail en 1986 sur la discrimination fondée sur la naissance hors mariage, voir : *1986 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1986/39, aux paras 14, et 16 à 21, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 327. Pour le libellé complet de la proposition d'article spécifiquement dédié à la discrimination fondée sur la naissance hors mariage soumise par la République Fédérale d'Allemagne, voir Doc NU E/CN.4/1988/WG.1/WP.3, cité dans *Ibid*.

⁶⁴¹ En 1981, les discussions du Groupe de travail engagèrent à ce que le libellé relatif au principe de non-discrimination soit inspiré des formulations de celui-ci employées par les autres instruments internationaux de protection des droits humains. « Proposals were also made to bring the formulation of the paragraph more closely into line with relevant passages of existing United Nations international instruments particularly the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the UNESCO Convention against Discrimination in Education. ». Voir : *1981 Report of the WG*, *supra* note 372 à la p 321, au para 43.

⁶⁴² Les paramètres d'applicabilité du principe de non-discrimination furent notamment discutés par le Groupe de travail en 1981. Et ce, à partir d'une proposition d'ajout d'un article distinct soumise à l'attention du Groupe de travail par les États-Unis en 1981 et se lisant comme suit : « Each State Party to the present Convention shall respect and extend all the rights set forth in this Convention to all children lawfully in its territory irrespective of any distinction whatever ». Voir : Doc HR/(XXXVII)/WG.1/WP.7, cité dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 320.

À cet égard, le rapport du Groupe de travail de 1981 relève, notamment, que : « That proposal was regarded by some delegations as containing a principle with which they could not agree, namely, the limitation of the rights set forth in the draft convention to children who were lawfully in the territory of a State Party. Other delegations agreed that the parents' illegal entry into the territory of a State Party could not be invoked in order to limit the rights of their children. ». Voir : *1981 Report of the WG*, *supra* note 372 à la p 321, au para 40.

⁶⁴³ Et ce, aux termes du projet de convention révisé – à la suite des commentaires et suggestions émis à l'égard du premier projet de convention de 1978 – soumis en 1979 par le gouvernement de la Pologne à l'attention du Groupe de

distinction de ce groupe d'enfants en particulier fut notamment discutée au cours des travaux d'élaboration de la Convention de première lecture (1979-1988). Plusieurs propositions engagèrent ainsi à ce que les deux articles à l'étude intéressant la non-discrimination soient regroupés en un seul engageant les États à reconnaître les droits garantis par la Convention à tous les enfants « lawfully in their territories »⁶⁴⁴. La mention de la légalité fut néanmoins abandonnée par la suite⁶⁴⁵ et aux termes des travaux de première lecture, en 1988, le libellé de ce qui deviendrait l'article 2 de la Convention se lisait comme suit :

1. The States Parties to the present Convention shall respect and extend all the rights set forth in this Convention to each child in their territories without distinction of any kind, irrespective of the child's or his parents' or legal guardians' race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, family status, ethnic origin, cultural beliefs or practices, property, educational attainment, birth, or any other basis whatever⁶⁴⁶.

Au cours de la révision technique de 1988 l'UNICEF releva qu'en ces termes le degré de contrainte associé au principe de non-discrimination par la Convention autant que son champ d'application demeuraient équivoques et engagea à ce que le libellé soit amendé de sorte de disposer d'une protection analogue à celles par ailleurs garanties par le droit international en vigueur. L'UNICEF estima ainsi que l'expression « respect and extend » constituait « a very considerably lower level of obligation than the undertaking to "respect and

travail. Lequel considère le principe de non-discrimination au bénéfice de cet article 5 et de l'article 4 se lisant comme suit :

1. The States parties to the present Convention shall *respect and extend* all the rights set forth in this Convention to all children *in their territories*, irrespective of these children's race, colour, sex, religion, political and other opinion, social origin, property, *birth in lawful wedlock or out of wedlock* or any other distinction whatever.

2. The States Parties to the present Convention shall undertake appropriate measures individually and within the framework of international cooperation, particularly in the areas of economy, health and education for the implementation of the rights recognized in this Convention.

Voir : Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1349, cité dans OHCHR, *supra* note 109 aux pp 319-320.

⁶⁴⁴ En sus de la proposition des États-Unis à cet égard, émise en 1981, les représentations de l'Australie et de la Norvège auprès du Groupe de travail suggérèrent des amendements à l'article 5 alors à l'étude. Aussi, l'Australie proposa que l'article 5 soit remplacé par le libellé suivant : « A child resident in the territory of a State Party and who is not a national of that State Party shall enjoy in that territory all the rights provided for in this Convention. » Voir: Doc HR/(XXXVII)/WG.1/WP.6, cité dans *Ibid* à la p 320. La proposition de la Norvège impliquait, quant à elle, d'ajouter au libellé de l'article 5 la mention suivante : « irrespective of the legality of their parents' stay ». Voir: Doc HR/(XXXVII)/WG.1/WP.10, cité dans *Ibid*.

⁶⁴⁵ Dès 1981, il fut abandonné toute référence à la légalité de la présence sur le territoire d'un État dans les dispositions intéressant le principe de non-discrimination. À cet égard, voir : 1981 Report of the WG, *supra* note 372 à la p 321, au para 47. Au cours de cette même session du Groupe de travail, en 1981, fut également décidé de supprimer l'article 5 tel qu'en disposait le projet révisé de convention alors à l'étude. Voir : *Ibid* à la p 332, au para 52.

⁶⁴⁶ Et au paragraphe 2 : « States Parties to the present Convention shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or other family members ». Voir : Doc NU E/CN.4/1988/WG.1/WP.1/Rev.1 dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 328, nos italiques.

ensure” which is contained in the great majority of existing international human rights treaties »⁶⁴⁷. L’usage de l’expression « in their territories » fut également relevé en ce qu’il se distinguait des dispositions relatives au principe de non-discrimination comprises dans d’autres instruments de protection des droits humains applicables non seulement au territoire mais aussi à la juridiction de l’État concerné. Des discussions relatives à l’élaboration de la Convention tenues jusqu’alors, l’UNICEF releva qu’elles ne permettaient pas de clarifier le sens de l’expression « respect and ensure »⁶⁴⁸ et ne témoignaient pas d’une intention de ses parties « to exclude persons subject to the jurisdiction of States Parties, but outside their territories »⁶⁴⁹. Aussi l’UNICEF engagea à ce que le libellé relatif au principe de non-discrimination soit révisé de sorte de correspondre aux standards déjà établis en la matière par le droit international⁶⁵⁰.

Si le texte de l’article 2 de la Convention finalement adopté tient compte des commentaires et suggestions de l’UNICEF de 1989, ceux-ci ne firent pas l’unanimité au sein du Groupe de travail. Aussi quelques réserves furent émises tant à l’égard de la proposition de remplacement du verbe « extend » par celui d’« ensure » pour qualifier les obligations des États en matière de non-discrimination⁶⁵¹, qu’envers la non-

⁶⁴⁷ À cet égard, l’UNICEF ajoutait : « It has been widely and consistently acknowledged both by the States Parties to the treaties and by the relevant supervisory bodies (such as the Human Rights Committee) that the obligation to “respect” requires a State not to violate the rights in question, whereas the obligation to “ensure” implies an affirmative obligation on the part of the State to take whatever measures are necessary to enable individuals to enjoy and exercise the relevant rights ». Voir : Commentaire de l’UNICEF émis en 1988 au cours de la révision technique, Doc NU E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1, aux pages 15-17, cité dans *Ibid* à la p 329.

⁶⁴⁸ L’UNICEF estime, à cet égard que : « [t]he verb “to extend” is not used in any of the principal human rights instruments and has not acquired, in any international legal context, any precise technical or general meaning. Nor do the *travaux préparatoires* to the draft convention shed any light on the intended meaning of the term. It is thus unclear what is meant by the undertaking to “...extend all the rights set forth in this Convention to each child...” ». Voir : Commentaire de l’UNICEF émis en 1988 au cours de la révision technique, Doc NU E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1, pages 15-17, cité dans *Ibid*.

⁶⁴⁹ Commentaire de l’UNICEF émis en 1988 au cours de la révision technique. Voir : Doc NU E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1, aux pages 15-17, cité dans *Ibid*.

⁶⁵⁰ « “In their territories”: This provision effectively defines and limits the range of children whose rights each State Party will be required to respect. It may be compared with the International Covenant on Civil and Political Rights which provides that the obligations of a State Party to that treaty apply “to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction” (article 2 (1)). The latter phrase has been omitted from the draft convention, thus giving its provisions a more limited range of application than is the case with the Covenant. By way of example, the implications of the draft convention’s non-applicability to individuals who are not within the State Party’s territory, but are subject to its jurisdiction, may be illustrated by reference to article 6 bis, paragraph 2. Under that provision “a child whose parents reside in different States shall have the right to maintain on a regular basis save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents...”. If a child, having left his or her own country in order to maintain contact with his or her parents who reside elsewhere, was then refused permission to re-enter his or her home State, the rights granted by the convention would not be able to be invoked vis-à-vis the relevant State Party because the child would not, at the time of the request, be within the territory of the State.

The travaux préparatoires do not indicate that any deliberate decision was taken to exclude persons subject to the jurisdiction of States Parties, but outside their territories. Consideration might thus be given to adding the phrase “or subject to their jurisdiction” after the word “territories” in article 4, paragraph 1. »

⁶⁵¹ Voir : note 395 à la p 333, au para 168.

conformité du langage employé par le libellé à l'étude au regard des standards internationaux en la matière⁶⁵². En parallèle fut néanmoins mise en exergue l'ambition d'associer au traité la protection la plus large possible aux enfants et à leurs droits⁶⁵³ et ainsi décidé de ne référer qu'à la juridiction des États pour qualifier leurs obligations en matière de non-discrimination⁶⁵⁴. De cette ambition procéda également l'usage de l'expression « autre situation » (*other status*) pour compléter l'énumération des motifs de discrimination envers lesquels l'article 2(1) de la Convention engage à protéger l'enfant⁶⁵⁵. Sans que les travaux préparatoires ne le confirment, ce choix sémantique semble avoir contribué à ce que certains États expriment des réticences à ce que leurs soient imposées quelques obligations en matière d'immigration et de citoyenneté par la Convention⁶⁵⁶.

3.1.2. *Le droit de l'enfant à un nom et à une nationalité (art 7)*

De l'examen des travaux préparatoires se distingue la constance de cette attention des États à préserver leurs compétences souveraines en matière d'immigration et de citoyenneté. Aussi le principe de souveraineté étatique fut régulièrement opposé à des dispositions aussi variées que celles relatives au droit à la santé⁶⁵⁷, à l'éducation⁶⁵⁸ ou au droit à un nom et une nationalité⁶⁵⁹. Dès 1979, ce dernier fit notamment l'objet d'importantes réserves fondées sur les prérogatives souveraines des États en matière de citoyenneté⁶⁶⁰. Aux termes du premier texte de convention proposé par la Pologne, son libellé lisait comme suit : « [t]he child

⁶⁵² Voir : *Ibid* à la p 332, au para 147.

⁶⁵³ Voir : *Ibid*, au para 147.

⁶⁵⁴ Et ce, sur proposition de la Finlande. Voir : *Ibid* à la p 333, au para 162.

⁶⁵⁵ Et ce, ainsi qu'en témoignent les *travaux préparatoires*, après qu'ait été estimé qu'une telle expression – préférée à « any other basis whatever » – assurait une large protection couvrant « every possible status », y compris celui des enfants nés hors mariage. Voir : *Ibid*, aux paras 166 et 167.

⁶⁵⁶ Et, notamment, dans une déclaration émise par la République Fédérale d'Allemagne lors de l'adoption du rapport du Groupe de travail de 1989, en ces termes : « Nothing in the convention on the rights of the child shall be interpreted as legitimizing the illegal entry and presence on the territory of the Federal Republic of Germany of any alien, nor shall any provision be interpreted as restricting the right of the Federal Republic of Germany to promulgate laws and regulations concerning the entry of aliens and the conditions of their stay or to establish differences between nationals and aliens ». Voir : *Ibid* à la p 334, au para 721.

⁶⁵⁷ *CDE*, *supra* note 24, art 24.

⁶⁵⁸ *Ibid*, arts 28 et 29.

⁶⁵⁹ *Ibid*, art 7.

⁶⁶⁰ À titre de rappel, l'article 7 de la Convention se lit comme suit :

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.
2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

Ibid, art 7.

shall be entitled from his birth to a name and a nationality »⁶⁶¹. Qu'il s'agisse d'un droit reconnu à l'enfant dès sa naissance engagea d'emblée les États à objecter que leur soit imposée par la Convention quelque obligation en matière d'octroi de la nationalité. Aux termes des États, le libellé à l'étude attachait à la reconnaissance à l'enfant d'un droit à la nationalité celle d'un droit du sol (*ius soli*)⁶⁶² et, ainsi, la mise en œuvre d'un régime spécifique aux enfants d'acquisition de la citoyenneté. Outre les disparités nationales en matière d'octroi de la citoyenneté – et notamment, les régimes fondés sur l'hérédité (*ius sanguini*) – nombre d'États rappelèrent que l'acquisition de celle-ci requerrait généralement d'autres critères que celui du seul lieu de naissance⁶⁶³. D'emblée, fut ainsi exclu que la Convention impose quelques obligations aux États en matière d'octroi de la nationalité et déroge au principe de souveraineté étatique – par ailleurs protégé par le droit international. Les discussions subséquentes, cependant, établirent sans équivoque qu'à l'article 7 s'attachaient deux ambitions et fonctions n'entamant pas les compétences souveraines des États en matière de citoyenneté : systématiser l'enregistrement des naissances⁶⁶⁴ – par ailleurs largement encouragé par les organisations non-gouvernementales et agences spécialisées des Nations Unies engagées dans la protection de l'enfance – et limiter les cas d'apatridie. Aussi l'article 7 engage-t-il les États à considérer l'octroi de la nationalité sur la seule base de la naissance « dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride »⁶⁶⁵ et non de manière systématique. L'opposition catégorique à l'idée que la Convention emporte quelque obligation en matière de nationalité et, partant, vienne entamer les prérogatives souveraines des États à cet égard, jalonna cependant les discussions de l'article 7 et fut réitérée par plusieurs États parties à la Convention dans leurs déclarations interprétatives et réserves⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ Art III du premier projet de convention préparé par la Pologne. Voir : *supra* note 368 à la p 124.

⁶⁶² 1981 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1575, au para 17, cité dans *Legislative History*, vol I, à la p 374.

⁶⁶³ 1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1989/48, aux paras 94, 96 et 109, cités dans *Legislative History*, vol I, aux pp 378-379.

⁶⁶⁴ Voir : 1989 Report of the WG, au para 106, dans OHCHR, *supra* note 109 à la p 379.

⁶⁶⁵ CDE, *supra* note 24, art 7(2).

⁶⁶⁶ À cet égard, relevons les déclarations suivantes :

« La Principauté de Liechtenstein se réserve le droit d'appliquer sa législation propre, qui subordonne l'obtention de la nationalité liechtensteinoise à certaines conditions. » ;

« La Principauté de Monaco déclare que la présente Convention, notamment son article 7, ne saurait affecter les règles définies par la législation monégasque en matière de nationalité. » (déclaration. Voir Réserves et Déclaration p.29).

« Le Gouvernement de la République tunisienne considère que l'article 7 de la Convention ne peut être interprété comme interdisant l'application de sa législation nationale en matière de nationalité et en particulier pour les cas de perte de la nationalité tunisienne. »

« Est réservée la législation suisse sur la nationalité, qui n'accorde pas un droit à l'acquisition de la nationalité suisse » Voir : Comité des droits de l'enfant *Réserves, déclarations et objections concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc NU CRC/C/2/Rev.8, 7 décembre 1999 [Réserves et déclarations], aux pp 27, 29, 40 et 42.

À l'instar des discussions intéressant l'article 7, celles des articles 9 et 10, relatifs aux droits de l'enfant de ne pas être séparé de sa famille⁶⁶⁷ et au regroupement familial⁶⁶⁸, engagent à ce que soient considérées les prérogatives des États en matière d'immigration et de citoyenneté. Dans la mesure où ces deux domaines de compétences tendent à être immédiatement concernés par la protection des droits de l'enfant garantis par ces articles 9 et 10, ils participent directement du rôle fondamental de la famille dont postule la Convention dans la protection et la réalisation des droits de l'enfant. Aussi l'article 9 dispose que la séparation des familles devrait, en principe, être évitée. Intervenant en aval de la séparation, l'article 10 dispose quant à lui d'un droit à la réunification familiale, lequel est ainsi reconnu tant à l'enfant qu'à ses parents ou tuteurs légaux. Les travaux d'élaboration de ces deux dispositions engagent à ce que soient considérés l'adoption internationale, le maintien des liens familiaux en cas de séparation des parents – et notamment lorsqu'elle implique que chacun vive dans un pays différent – mais aussi la séparation des familles résultant « de mesures prises par un État partie ». Ces dernières réfèrent autant aux séparations relevant de décisions prises dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'à celles qu'impliqueraient des décisions ou mesures prises pour d'autres raisons que la protection de l'enfant et de ses droits – la détention d'un des parents, notamment.

⁶⁶⁷ L'article 9 de la Convention se lit comme suit :

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.
2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.
3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.
4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

⁶⁶⁸ L'article 10 de la Convention dispose :

1. Conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.
2. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

Aussi la considération de ces « mesures prises par un État partie » engagea rapidement à ce que soient discutés les cas de séparation des familles et de regroupement familial et leurs éventuelles interactions avec les compétences étatiques en matière d'immigration et de citoyenneté. À cet égard il fut notamment proposé que ces deux articles incluent un paragraphe stipulant que : « nothing in this Convention shall affect in any way the legal provisions of States Parties concerning the immigration and the residence of foreign nationals »⁶⁶⁹. À défaut, il fut ensuite exigé que les travaux préparatoires rendent compte des réticences exprimées à l'égard de ces deux dispositions⁶⁷⁰ par l'inclusion d'une déclaration interprétative du président du Groupe de travail se lisant comme suit :

It is the understanding of the Working Group that article [9] of this convention is intended to apply to separations that arise in domestic situations, whereas article [10] is intended to apply to separations involving different countries and relating to cases of family reunification. Article 6 bis is not intended to affect the general right of States to establish and regulate their respective immigration laws in accordance with their international obligations⁶⁷¹.

L'objection catégorique des États à ce que la Convention engage quelque obligation en matière d'immigration et de citoyenneté fut, en outre, réitérée dans leurs déclarations et réserves émises à l'issue de l'adoption de la Convention⁶⁷². Qu'elle s'applique, notamment, à des droits intéressant immédiatement le

⁶⁶⁹ En seconde lecture, concernant l'article 9 « The representative of the Federal Republic of Germany introduced a proposal (E/CN.4/1989/WG.1/WP.20) sponsored also by Japan by which a new paragraph 5 was to be added to article 6 reading as follows: "5. Nothing in this Convention shall affect in any way the legal provisions of States Parties concerning the immigration and the residence of foreign nationals." ». Voir: *1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1989/48, au para 191 cité dans *Legislative History*, vol I à la p 405.

⁶⁷⁰ Au moment de l'adoption du rapport de 1989 du groupe de travail, deux déclarations furent émises, respectivement par la République Fédérale d'Allemagne et le Japon. Elles se lisent comme suit :

« The representative of the Federal Republic of Germany further asked that the following declarations be entered in the report: "(a) Nothing in the convention on the rights of the child shall be interpreted as legitimizing the illegal entry and presence on the territory of the Federal Republic of Germany of any alien, nor shall any provision be interpreted as restricting the right of the Federal Republic of Germany to promulgate laws and regulations concerning the entry of aliens and the conditions of their stay or to establish differences between nationals and aliens ». Voir: *1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1989/48, au para 721, cité dans *Legislative History*, vol.1, à la p 408.

« The representative of Japan drew the attention of the Working Group to the Chairman's declaration in paragraph 203 of the report stating that article 6 of the convention (present article 9) was intended to apply to separations that arise in domestic situations and also that article 6 bis (present article 10) was not intended to affect the general right of States to establish and regulate their respective immigration laws in accordance with their international obligations. ». Voir: *1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1989/48, au para 722, cité dans *Legislative History*, vol.1, à la p 408.

⁶⁷¹ La déclaration réfère aux articles 6 et 6 bis, respectivement 9 et 10 dans le texte finalement adopté en 1989. Voir: *1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1989/48, au para 24, cité dans *Legislative History*, vol.1, à la p 407.

⁶⁷² À l'issue de l'adoption, en 1989, du projet de convention, le Japon émis la déclaration suivante : « The representative of Japan expressed the reservation of his Government with regard to the legal nature of the declaration that the Chairman of the Working Group should make on article 6 bis to the effect that this article was not intended to affect the immigration laws of States Parties. Doubts were also expressed as to the consequences for the national

rôle – pourtant fondamental – de la famille envers la protection de l’enfant et de ses droits interroge leur teneur et tend à suggérer que leur reconnaissance soit conditionnelle de quelque statut au regard de l’immigration ou de la citoyenneté. Une éventualité qui interroge, finalement, la compréhension même de la qualité de sujet de droits – et de ses droits – que reconnaît à l’enfant la Convention.

3.2. De l’interaction entre protection du rôle fondamental de la famille et souveraineté étatique

La Convention distingue la famille comme l’unité fondamentale de la société tout en lui conférant un rôle singulier dans la protection et la réalisation des droits de l’enfant. À celui-ci s’attachent des responsabilités et devoirs autant que la reconnaissance aux parents et tuteurs légaux – et ainsi, aux adultes – d’une titularité de droits. De ce corpus participent les articles 9 et 10, respectivement relatifs à la séparation et à la réunification familiales, dont les travaux d’élaboration engagent à considérer la place fondamentale accordée à la famille par la Convention dans ses interactions avec les prérogatives souveraines en matière d’immigration et de citoyenneté (3.2.1). Cristallisant l’ambivalence de l’enfant comme sujet de droits – et de ses droits – ces deux dispositions interrogent la conditionnalité de cette reconnaissance à quelque statut légal de l’enfant (3.2.2).

3.2.1. *Les droits de l’enfant de ne pas être séparé de sa famille (art 9) et à la réunification familiale (art 10)*

S’ils intéressent tous deux les droits à la famille reconnus à l’enfant par la Convention, les articles 9 et 10 les envisagent distinctement. Le droit de ne pas être séparé de sa famille que consacre l’article 9 tend à voir considérée la préservation de l’unité familiale en particulier au sein de la juridiction d’un État. L’article 10, reconnaissant à l’enfant le droit à la réunification familiale, trouve quant à lui une applicabilité plus

immigration laws to some other provisions of the convention, namely of article 6, paragraphs 2 and 4, and of article 11 bis. The representative of Japan further stated that a number of other newly adopted proposals and articles of the draft convention would be *ad referendum* to his Government which will express its formal view on them at an appropriate opportunity ». Voir: *1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights*, Doc NU E/CN.4/1989/48, au para 22, cité dans *Legislative History*, vol.1, à la p 408. Voir, également: Comité des droits de l’enfant : « Réserves, déclaration et objections concernant la Convention relative aux droits de l’enfant », CRC/C/1Rev.8, 7 décembre 1999.

immédiate en aval des séparations engageant plusieurs juridictions étatiques⁶⁷³. Aussi Jason Pobjoy et John Tobin estiment que :

[i]n contrast to article 9 of the CRC, which is concerned with the separation of a child from his or her parents *within* a state's jurisdiction, article 10 is concerned with the *inter-state* dimension of familial separation. Article 10(1) affords both children and parents the right to apply to enter or to leave a state for the purposes of family reunification. Although the provision does not guarantee a particular result, it is the first international human rights treaty to impose an obligation on states to deal with applications to enter or leave their territories for the purpose of family reunification and requires them to do so 'in a positive, humane and expeditious manner'. In addition, States Parties are required to ensure that any such application does not give rise to adverse consequences for the applicant or for members of their family⁶⁷⁴.

Aux termes de l'article 10 de la Convention est ainsi reconnu aux enfants un droit à la préservation de son environnement familial dont la protection engage les États non seulement à considérer les demandes d'entrée et de sortie d'un territoire présentées au motif de la réunification familiale – et ce, qu'elles émanent de l'enfant ou des membres de sa familles (parents ou tuteurs légaux en particulier) – mais aussi à les évaluer de sorte d'éviter qu'elles n'aient quelques conséquences néfastes tant sur l'enfant que sur sa famille. Ainsi que le relèvent Jason Pobjoy et John Tobin, l'article 10 de la Convention intéresse la compréhension du droit, par ailleurs reconnu en droit international⁶⁷⁵, à la liberté de circuler. Celui-ci étant, en l'occurrence, envisagé comme le droit d'entrer dans un pays – y compris « son propre pays »⁶⁷⁶ – et d'en sortir au motif du regroupement familial en ces termes :

⁶⁷³ CDE, *supra* note 24, art 10, se lisant comme suit :

1. Conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

2. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

⁶⁷⁴ Jason M Pobjoy & John Tobin, « Art.10 The Right to Family Reunification » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 343, à la p 345, italiques des auteurs.

⁶⁷⁵ Et, notamment par le PIDCP, *supra* note 246, aux arts 12(2) et 12(4).

⁶⁷⁶ À cet égard, Jason Pobjoy et John Tobin estiment notamment que : « This entitlement is broader in scope than the equivalent right under article 12(4) of the ICCPR which can be restricted provided the restriction is not arbitrary. Moreover, the phrase 'own country' is broader than the concept of 'country of nationality' and '[i]t is not limited to nationality in a formal sense, [but] embraces, at the very least, an individual who because of his or her special ties or

Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention⁶⁷⁷.

Au bénéfice de l'article 10, la Convention engage ainsi à une « présomption » en faveur de la réunification familiale⁶⁷⁸. Une présomption concernant autant les droits de l'enfant à la préservation de l'unité familiale que ceux des adultes. Que ces derniers puissent se prévaloir d'un tel droit fit notamment l'objet d'importantes discussions au cours des travaux d'élaboration de la Convention. Aussi ces considérations en particulier engagèrent les États à manifester leur opposition à ce que la Convention emporte quelque obligation en matière d'immigration et de citoyenneté. Si elle reconnaît une titularité de droits aux adultes, la Convention n'en dispose cependant qu'au motif de leur rôle envers la protection et la réalisation des droits de l'enfant, sujet principal des droits garantis par le traité. Aussi est-ce sur cette seule base que sont reconnus aux parents et tuteurs légaux les droits d'entrer dans un pays et d'en sortir par l'article 10 de la Convention, la réunification familiale étant *dans* l'intérêt supérieur de l'enfant dont la protection, à titre de parents ou tuteurs légaux, leur incombe « en priorité »⁶⁷⁹.

claims in relation to a given country, cannot be considered to be a mere alien'. Unlike the right to enter one's country, the right of a child or parent to *leave any country* for the purposes of reunification can be restricted but only where this is necessary to protect specific interests such as national security and public order. This is essentially a proportionality test which places an onus on a state to demonstrate that there was no other measure reasonably available to protect the relevant interest ». Pobjoy & Tobin, *supra* note 674 à la p 340.

⁶⁷⁷ CDE, *supra* note 24, art 10(2).

⁶⁷⁸ Pobjoy & Tobin, *supra* note 674 à la p 351.

⁶⁷⁹ « The inclusion of parental rights in article 10 was a point of contention during the drafting process, with a number of delegates suggesting that that the right ought only to apply to applications made 'by a child and his or her parents' rather than 'or his or her parents'. In rejecting that proposal, the Australian, Portuguese, and US representatives made clear that the provision was intended to cover situations in which children were separated from their parents *or* parents were separated from each other while the child was living with one of them.²⁴ As noted above, although in practice article 10 is likely to be of most relevance to refugee children and children migrating for economic reasons, it remains applicable to all children and parents separated from their family members by state borders, regardless of whether the separation is permanent or temporary ». *Ibid* à la p 350.

3.2.2. *Le statut de l'enfant au regard de l'immigration et de la citoyenneté*

Aux termes de l'article 10 de la Convention est ainsi reconnu à l'enfant ou à ses parents le droit de présenter une demande « en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale »⁶⁸⁰. La présomption en faveur de la réunification familiale tend à suggérer que les décisions allant à l'encontre de celle-ci constituent une violation, par l'État en question, du droit de l'enfant à la préservation de son environnement familial⁶⁸¹. L'obligation, incombant aux États parties, dont dispose l'article 10(1) de considérer toute demande à cet égard « dans un esprit positif, avec humanité et diligence »⁶⁸² suggère que cette présomption puisse engager à son approbation⁶⁸³. Une possibilité que corroborent les récents travaux du Comité en matière de protection des droits de l'enfant en contexte migratoire et, notamment, en ces termes :

Un pays de destination qui refuse la réunification familiale à un enfant ou à sa famille devrait donner à l'enfant des informations détaillées, d'une manière adaptée à l'enfant et à son âge, sur les raisons ayant motivé le refus et sur le droit de l'enfant de faire appel⁶⁸⁴.

Il importe de relever que le Comité mobilise les droits de l'enfant de ne pas être séparé de sa famille et au regroupement familial dans l'ensemble de ses travaux intéressant l'interaction entre protection des droits de l'enfant et migrations internationales⁶⁸⁵. Ces deux dispositions – et notamment l'article 10 – semblent trouver un écho particulier dans la mise en œuvre de l'article 22 de la Convention, relatif aux droits des enfants demandeurs d'asile ou réfugiés. Dans la mesure où elles ne qualifient – ou catégorisent – pas le droit à la réunification familiale à quelque statut au regard de l'immigration ou de la citoyenneté, l'applicabilité

⁶⁸⁰ CDE, *supra* note 24, art 10(1).

⁶⁸¹ Pobjoy & Tobin, *supra* note 674 à la p 351.

⁶⁸² CDE, *supra* note 24, art 10(1).

⁶⁸³ Ainsi, Pobjoy et Tobin estiment que : « there is a compelling argument that article 10(1) gives rise to a presumption in favour of approval. Indeed Abram has suggested that the inclusion of the phrase 'in accordance with the obligations under Article 9(1)' means that a state will *only* be able to justify rejecting an application where it is able to show either that the continued separation of the child from one or both of his parents is 'necessary for the best interests of the child', or that family reunification can be achieved, in a manner consistent with the best interests of the child, in a different country ». Pobjoy & Tobin, *supra* note 674 à la p 352.

⁶⁸⁴ Observation générale conjointe no 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, 2017, Doc NU CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 au para 36.

⁶⁸⁵ Et, notamment dans les : Observation générale no 6 (2005) sur le traitement des enfants non-accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 2005, Doc NU CRC/GC/2005/6; Observation générale conjointe no 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, 2017, Doc NU CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22; et Observation générale conjointe no 4, *supra* note 684.

de ces deux dispositions n'est toutefois pas circonscrite à celle de l'article 22⁶⁸⁶. Si les prérogatives des États en ces deux domaines se trouvent nécessairement mobilisées par les droits dont disposent les articles 9 et 10, ceux-ci participent cependant de la reconnaissance du rôle fondamental qu'attache la Convention à la famille dans la protection et la réalisation des droits de l'enfant. Qu'ils ne soient pas explicitement associés à quelque modalité de déplacement international engage, dès lors, à considérer en priorité ce droit de l'enfant à bénéficier de son environnement familial⁶⁸⁷. L'interdépendance des droits dont dispose la Convention rappelant, en outre, que ceux-ci sont garantis et protégés à l'enfant sans discrimination, y compris au fondement de la « situation » de celui-ci ou de celle de ses parents ou tuteurs légaux⁶⁸⁸. Si les travaux préparatoires ne permettent pas d'établir qu'ait été considéré, dans l'élaboration de la Convention, le statut de l'enfant au regard de l'immigration dans ces « situations » auxquelles réfère l'article 2(1), ils n'excluent pas pour autant cette possibilité⁶⁸⁹. Laquelle tend, par ailleurs, à être confortée par la version anglaise du texte disposant de « toute autre situation » par l'expression « or other status ». Aussi, dans la mise en œuvre des droits de l'enfant de ne pas être séparé de sa famille et au regroupement familial semblent devoir être considérés en priorité la condition d'enfant et les droits et protections auxquels elle engage. En 2017 le Comité rappelait ainsi qu'en contexte de migrations internationales « [l]es États devraient faire en sorte que les enfants [...] soient traités *avant tout* comme des enfants »⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Pobjoy & Tobin, *supra* note 674 à la p 346.

⁶⁸⁷ *Ibid* à la p 345.

⁶⁸⁸ CDE, *supra* note 24, art 2 (nos italiques), se lisant comme suit :

1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance *ou de toute autre situation*.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Rappelons, également, que dans sa version anglaise, la mention de « toute autre situation » dont dispose l'article 2(1) se lit « or other status ». Les *travaux préparatoires* ne permettent pas d'établir les raisons pour lesquelles « status » a été traduit en français par « situation ». La version anglaise du texte permet cependant d'envisager que puissent relever de ces « situations » des considérations intéressant le statut légal ou migratoire de l'enfant. Et, ainsi, que celui-ci constitue soit considéré comme motif de discrimination au sens de la Convention.

⁶⁸⁹ À cet égard, voir, notamment : Samantha Besson & Eleonor Kleber, « Art.2 The Right to Non-Discrimination » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 41.

⁶⁹⁰ *Observation générale conjointe no 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales*, *supra* note 685 au para 11, nos italiques. Voir, également : *Ibid* aux para 12-13, se lisant comme suit : « Les obligations d'un État partie au titre des Conventions s'appliquent à chaque enfant relevant de la juridiction dudit État, y compris la juridiction découlant du contrôle effectif qu'exerce cet État hors de ses frontières. Il n'est pas possible de restreindre ces obligations arbitrairement et unilatéralement, que ce soit en excluant certaines zones ou régions du territoire de l'État ou en définissant des zones

Conclusion

De l'examen de l'article 3(1) de la Convention et de son indétermination – sémantique, normative et conceptuelle – se distinguaient plusieurs considérations intéressant la compréhension de l'enfant comme sujet de droits. Aussi s'agissait-il ici d'interroger ce que « raconte » l'indétermination de l'article 3(1) de cet enfant que concerne la Convention. Aux termes de son article 1, plutôt qu'une « définition » de ce qu'est ou n'est pas un enfant, la Convention dispose des paramètres de son propre champ d'application. Aussi, les droits et protections qu'elle énonce sont-ils reconnus à « tout être humain », au *minimum* à partir de sa naissance et jusqu'à l'âge de dix-huit ans, lequel est posé comme standard commun. La distinction de cet enfant engage à celle d'une catégorie sociale, les enfants, de laquelle l'âge se pose comme principal critère d'appartenance. La Convention disposant ainsi qu'à la condition d'enfant s'attache une vulnérabilité particulière exigeant que ceux et celles qu'elle concerne bénéficient de protections spéciales. En contrepoint des instruments antérieurs, cependant, la Convention n'envisage pas cette vulnérabilité comme définitoire de l'enfance mais comme une de ses caractéristiques. Et si à la condition d'enfant s'attachent des protections particulières, dont la prime responsabilité incombe aux parents et tuteurs légaux, elle n'engage pas, cependant, de limite intrinsèque à la qualité de sujet de droits que reconnaît à l'enfant la Convention. À cet égard, l'examen des dispositions intéressant les responsabilités, devoirs, incombant aux parents et tuteurs légaux dans la protection et la réalisation des droits de l'enfant rappelle que ceux-ci composent le seul fondement de la titularité de droits qui s'y trouve associée par la Convention. Plutôt que des droits sur leurs enfants, la Convention reconnaît des droits aux parents et tuteurs légaux en ce qu'ils participent de la protection de ceux des enfants. Au bénéfice de l'interprétation que propose le Comité de la notion de « capacités évolutives de l'enfant » – dont disposent les article 5 et 14 de la Convention – se distingue ainsi une compréhension de l'enfant engageant à une présomption de ses capacités non seulement au développement mais à exercer ses propres droits, à en être agent. Aussi la notion de « capacités évolutives de l'enfant » telle qu'interprétée par le Comité contribue à la compréhension de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits et de ses droits que tend à formaliser la relation de réciprocité qui s'opère entre l'article 3(1) – disposant du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant – et le droit de l'enfant d'être entendu protégé par l'article 12 de la Convention. Aux termes de la Convention, semble ainsi se distinguer un sujet

ou régions particulières comme ne relevant pas ou ne relevant que partiellement de la juridiction de l'État, y compris dans les eaux internationales ou d'autres zones de transit où l'État a mis en place des mécanismes de contrôle des migrations. Les obligations s'appliquent à l'intérieur des frontières de l'État, y compris à l'égard des enfants qui passent sous sa juridiction en tentant de pénétrer sur son territoire. [...] Les Comités soulignent que les droits de l'enfant doivent primer dans le contexte des migrations internationales et que, par conséquent, les États devraient intégrer les deux Conventions dans les cadres, politiques, pratiques et autres mesures relatifs aux migrations ».

dont la condition d'enfant si elle exige des protections particulières ne dispose pas de limites intrinsèques à sa reconnaissance comme telle ainsi qu'à son droit d'exercer ses propres droits. Enfin, les discussions intéressant l'élaboration de l'article 3(1) témoignaient d'une attention constante des États à préserver leurs prérogatives en matière d'immigration et de citoyenneté. Ainsi semblait se distinguer la possibilité que la reconnaissance de droits à l'enfant autant que de sa qualité de sujet puisse être conditionnelle de son statut au regard de l'immigration ou de la citoyenneté. De l'interaction entre les dispositions traduisant l'importance fondamentale qu'accorde la Convention à la famille dans la protection et la réalisation des droits de l'enfant – et, en particulier, les articles 9 et 10 – avec ces deux champs de compétences souveraines tend cependant à se distinguer une compréhension de cet enfant comme sujet de droits et de ses droits indépendamment de quelque statut légal ou migratoire.

CONCLUSION

Les réflexions proposées ici s'initiaient par le double constat de la malléabilité rhétorique et de la constance des usages de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant ». De cette ambivalence, la présente étude proposait d'interroger sa traduction dont dispose l'article 3(1) de la Convention en une norme juridique indéterminée. Et ainsi d'un droit, distingué comme *principe général*, valeur fondamentale de la protection et de la réalisation de l'ensemble de ceux dont dispose la Convention sans que la seule lettre de celle-ci ne permette, pour autant, d'en saisir la teneur, ce qu'il recouvre et implique. Du constat de ces contradictions inhérentes au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant autant qu'à sa traduction normative, cette étude engageait l'hypothèse qu'elles cristallisent l'ambivalence non seulement de ce droit qui y est associé mais également du *sujet*, de l'*enfant* qu'il concerne.

De l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention, et ainsi du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dont il dispose, il s'agissait alors d'interroger la teneur, d'explorer la compréhension des trajectoires historiques, conceptuelles et normatives dans lesquelles elle s'inscrit autant que d'essayer de distinguer ce *sur* – ou *envers* – quoi elle s'opère, suivant quelle(s) modalité(s), avec quelle(s) implication(s). Située dans le champ du droit international, lequel est envisagé comme langage – et, ainsi, structure⁶⁹¹ ou pratique sociale argumentaire⁶⁹² – dont l'indétermination est une « propriété intrinsèque »⁶⁹³, cette étude excluait d'emblée toute ambition d'établir ou démontrer celle de l'article 3(1). Pas plus qu'elle n'envisageait la possibilité de prescrire quelque interprétation univoque – ou objective⁶⁹⁴ – de cet article 3(1) et, ainsi, du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il formalise. Cette étude proposait cependant d'explorer l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention au concours des règles interprétatives dont dispose la CVDT en ses articles 31 et 32⁶⁹⁵. Et si celles-ci n'engageaient pas à ce que soit considérée l'interprétation comme moyen d'établir quelque vérité du droit international – pas plus que comme seule « technique »⁶⁹⁶, départie de contingences historiques, sociales et politiques – elles devaient néanmoins contribuer à la démarche exploratoire – plutôt que prescriptive – proposée par cette étude de l'indétermination de l'article

⁶⁹¹ Koskenniemi, *supra* note 38 à la p 397.

⁶⁹² Koskenniemi, *supra* note 39 à la p 95.

⁶⁹³ Koskenniemi, *supra* note 38 à la p 396.

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ CVDT, *supra* note 37, arts 31 et 32; Jan Klabbers, « Virtuous Interpretation » dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias & Panos Merkouris, dir, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, Queen Mary Studies in International Law, Leiden, Brill, 2010 15; Mortenson, *supra* note 59.

⁶⁹⁶ Klabbers, *supra* note 695 à la p 274.

3(1) de la Convention – et, ainsi, disposer des paramètres dans lesquels la mener, initier d’une méthode au bénéfice de laquelle envisager l’exercice d’interprétation.

Aussi, l’examen de l’indétermination de l’article 3(1) de la Convention proposé par cette étude se déclinait-il en trois parties intéressant distinctement la compréhension de ses contextes. Le constat du glissement sémantique opéré dans l’énoncé du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant entre les Déclaration de 1959 et Convention de 1989 incitait, ainsi, en un premier chapitre, à considérer les contingences historiques, conceptuelles et normatives tant de l’émergence du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant que de sa formalisation en un droit. De celui-ci, le deuxième chapitre proposait de considérer le contexte normatif immédiat et, ainsi, le corpus dont dispose la Convention, le libellé de l’article 3(1) lui-même autant que l’élaboration de celui-ci et l’interprétation et la mise en œuvre qu’en propose le Comité des droits de l’enfant. L’examen de l’indétermination de l’article 3(1) permettait, enfin, d’interroger en un troisième chapitre ce qu’elle engage dans la compréhension de l’enfant que concerne la Convention et qui est concerné par celle-ci, de l’enfant comme sujet de droits et de ses droits – ce, dans le strict cadre de la Convention puisque ces réflexions ne portaient pas l’ambition d’établir, par ailleurs, ce *qu’est* ou *n’est pas* un enfant.

En un premier chapitre, la présente étude, propose ainsi d’explorer l’indétermination de l’article 3(1) de la Convention par le prisme de ses positionnements historique, conceptuel et normatif. Autour de trois « moments », articulés autour de trois instruments internationaux dédiés à l’enfance que sont les Déclaration de Genève, de 1924, Déclaration de 1959 et la Convention adoptée en 1989, il s’agissait ainsi d’essayer de comprendre de quel(s) contexte(s) procède ou participe l’émergence, en droit international, du principe de l’intérêt supérieur de l’enfant et ainsi, d’en explorer la compréhension au bénéfice d’une histoire – nécessairement partielle, nécessairement située – de la protection de l’enfance au vingtième siècle. De cette histoire, se déclinent trois trajectoires – fragmentées autant que lacunaires – intéressant la compréhension tant de ce principe qu’est l’intérêt supérieur de l’enfant que de cet enfant qu’il concerne. Entre ces trois « moments », se déploie ainsi une trajectoire *sémantique* engageant le secours à l’enfance, la protection de l’enfance puis celle de ses droits. De cette première trajectoire participe et procède un glissement *conceptuel* intéressant la compréhension, non seulement du champ de la protection de l’enfance au vingtième siècle mais aussi de l’enfant lui-même. De figure à secourir, telle que le distingue la Déclaration de Genève en 1924, l’enfant est progressivement considéré comme figure à protéger dont la Déclaration de 1959 envisage qu’elle puisse être titulaire de droits. En 1989, l’enfant est considéré par la Convention non seulement comme individualité à part entière mais comme sujet de droits et de ses droits. Entre les trois instruments abordés s’opère, enfin, un glissement *normatif* dans la compréhension de la protection de l’enfance. De l’impératif moral qu’engageait le secours à l’enfance en 1924, sa protection est envisagée en 1959 au titre

des engagements internationaux envers celle des droits humains. En 1989, s'attachent à la protection de l'enfant et de ses droits des obligations juridiquement contraignantes incombant aux États parties à la Convention.

En un deuxième chapitre, la présente étude engage à la considération du contexte normatif immédiat de l'article 3(1) de la Convention. Celle-ci procède autant qu'elle s'inscrit dans une approche globale de la protection des droits humains et engage à considérer l'enfant au prisme de son impermanence, de son développement et non de quelque vulnérabilité définitoire de la condition d'enfant. Plutôt que les seuls besoins spécifiques à l'enfance, la Convention distingue les intérêts tant de l'enfant comme individu que comme partie d'un groupe catégoriel. De cette approche participe immédiatement l'article 3(1) disposant de l'intérêt supérieur de l'enfant comme d'un droit autant que d'un *principe général* du corpus normatif dans lequel il s'inscrit. Ce, néanmoins, en une norme juridique indéterminée dont l'examen des travaux préparatoires de la Convention tend à manifester le caractère délibéré. Au détriment d'une attention à ce que recouvre cet intérêt supérieur de l'enfant, les travaux préparatoires témoignent ainsi de la cristallisation des discussions intéressant l'élaboration de l'article 3(1) autour de la portée, du degré de contrainte associé au droit dont il dispose. Aussi, l'interprétation et les modalités de mise en œuvre de ce droit sont-elles informées par les travaux du Comité de droit de l'enfant. En sus de la qualité de *principe général* de la Convention, le Comité envisage l'article 3(1) comme disposant d'un « concept triple ». *Principe juridique interprétatif fondamental, droit de fond* autant que *règle de procédure*, l'intérêt supérieur de l'enfant, dans sa compréhension comme dans sa mise en œuvre, informe celle de l'ensemble des droits garantis par la Convention autant qu'il les engage. Dans sa relation avec le droit de l'enfant d'être entendu – dont dispose l'article 12 –, l'intérêt supérieur de l'enfant formalise la reconnaissance de l'enfant comme *sujet* de droits et de *ses* droits. Tandis que l'article 3(1) dispose des « objectifs » de protection et de réalisation des droits de l'enfant, l'article 12 en compose la « méthode ». Le droit de participation étant, par ailleurs, distingué par le Comité comme condition de base de la protection et de la réalisation de la protection des droits de l'enfant.

En un troisième chapitre, la présente étude s'attache à considérer l'indétermination de l'article 3(1) de la Convention traduit ou « raconte » de l'enfant, de ce sujet de droits. Plutôt qu'une définition de cet enfant, l'article 1 de la Convention dispose – par l'âge – des paramètres de son propre champ d'application. Aussi, les droits que protège la Convention sont-ils reconnus à l'enfant, au *minimum*, à partir de sa naissance jusqu'à l'âge de dix-huit ans. Reconnus à titre individuel que collectif, les droits et protections que décline la Convention engagent à considérer la condition d'enfant autant que sa qualité de sujet. Ainsi, la Convention associe-t-elle un rôle fondamental à la famille dans la protection et la réalisation des droits de

l'enfant que traduit, notamment, la titularité de droits qu'elle reconnaît aux parents et tuteurs légaux. De celle-ci tend à être suggérer qu'à la dépendance de l'enfant s'attachent les limites de ses propres droits. Ce à quoi l'examen des dispositions intéressant les droits des parents et tuteurs légaux oppose, cependant, la notion de « capacités évolutives de l'enfant » dont l'interprétation, par le Comité, établit sans équivoque que la Convention engage à présumer des capacités de l'enfant à exercer ses propres droits, de son droit à développer ses capacités. Et ainsi, à considérer l'enfant comme sujet de droits et de ses droits quel que soit son âge. Les travaux d'élaboration de l'article 3(1) ont mis en exergue l'intention des États à préserver leurs compétences en matière d'immigration et de citoyenneté. Engageant l'ensemble des droits dont dispose la Convention, l'article 3(1) incite à constater la permanence de l'opposition des États à l'idée que les droits de l'enfant engagent quelque obligation en matière d'immigration et de citoyenneté. Manifeste dans l'élaboration des *principes généraux* de la Convention autant que dans celles, notamment, du droit à un nom et à une nationalité, dont dispose l'article 7, et de ceux intéressant le rôle de la famille, cette attention à la préservation de la souveraineté étatique tend à suggérer la possibilité que la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits soit conditionnelle de son statut au regard de l'immigration et de la citoyenneté. Les droits de l'enfant à ne pas être séparé de sa famille⁶⁹⁷ et à la réunification familiale⁶⁹⁸ engagent tout particulièrement l'interaction entre ces domaines de compétences souveraines et la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits⁶⁹⁹. Aussi, leur examen tend à établir qu'aux termes de la Convention, la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits et de ses droits est indépendante de quelque statut de l'enfant.

Que la présente étude aborde ces considérations – et notamment la conditionnalité de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droits à son statut en matière d'immigration ou de citoyenneté – dans les stricts paramètres de la Convention et de son interprétation par le Comité tend à éluder les réalités de la mise en œuvre des droits de l'enfant dans le contexte des migrations internationales contemporaines. De l'approche sécuritaire dans laquelle s'inscrit la gouvernance contemporaine des migrations⁷⁰⁰ se distinguent des interprétations contradictoires de ce principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dont dispose l'article 3(1) de la Convention, lesquelles cristallisent ses ambivalence et malléabilité rhétorique.

⁶⁹⁷ CDE, *supra* note 24, art 9.

⁶⁹⁸ *Ibid*, art 10.

⁶⁹⁹ Pobjoy & Tobin, *supra* note 674.

⁷⁰⁰ À cet égard, voir notamment : Dauvergne, *supra* note 7; Chetail, *supra* note 2; François Crépeau, « Foreword. Protecting the Human Rights of Migrants as Part of a Long-Term Strategic Vision on Mobility and Diversity » dans Idil Atak & James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration : Context and Consequences*, McGill-Queen's Refugee and Forced Migration Studies Series, Montréal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2018 vii.

En 2017 l'UNICEF recensait une centaine de pays faisant usage de la privation de liberté à l'égard des enfants aux fins de gestion des migrations internationales, bien que les conséquences de la détention migratoire sur les enfants⁷⁰¹ – et, notamment leur santé physique et mentale –, autant que les violations de leurs droits fondamentaux⁷⁰², aient largement été documentées et établies⁷⁰³. En 2018, dans le sillage de la *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*⁷⁰⁴, les États membres des Nations Unies adoptait deux instruments – le *Pacte mondial sur les réfugiés*⁷⁰⁵ et le *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*⁷⁰⁶ – disposant d'un cadre commun – non contraignant – de coopération en matière de gouvernance des migrations internationales⁷⁰⁷. Envisagés comme contribution à la protection des droits humains, ces deux instruments réfèrent immédiatement au corpus normatif international – contraignant – en la matière et réitérait l'engagement des États y étant parties envers celui-ci. Un corpus auquel était, notamment, explicitement associée la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, adoptée en 1989, et *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* de 1984⁷⁰⁸. La première disposant que la privation de liberté de mineur.e.s ne doit constituer « qu'une mesure de dernier ressort ». Laquelle ne peut, par ailleurs, être appliquée au motif du statut migratoire d'un enfant⁷⁰⁹. La seconde, quant à elle, engageait en 2015 le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants à rappeler que :

Dans le contexte de la répression administrative de l'immigration, il est maintenant évident que la privation de liberté des enfants fondée sur le statut migratoire de leurs parents *n'est jamais* dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne répond pas à une nécessité, devient excessivement

⁷⁰¹ Bosworth, *supra* note 12 à la p 54.

⁷⁰² Et notamment, les droits à la non-discrimination (art.2), à l'éducation (art. 28), à la protection contre la violence (art.19), à la santé (art.24), à la protection contre l'exploitation économique (art.32) et sexuelle (art.34) ou de tout autre nature préjudiciable à son bien-être (art.36).

CDE, *supra* note 24.

⁷⁰³ Eleonora Del Gaudio & Stephen Phillips, « Detention of Child Asylum Seekers in the Pursuit of State Interests: A Comparison of the Australian and EU Approaches » (2018) 36:1 Nordic Journal of Human Rights 1-18, à la p 17; Doc NU A/74/136, Doc off AG NU, 74ème session, *Rapport de l'Expert indépendant chargé de l'étude mondiale sur la situation des enfants privés de liberté*, (11 juillet 2019) au para 60.

⁷⁰⁴ *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, Rés AG 71/1, Doc off AG NU, 71ème sess.

⁷⁰⁵ Doc NU A/73/12 (Part II) (2018), 73ème sess, supp no 12, *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. Deuxième partie: Pacte mondial sur les réfugiés*.

⁷⁰⁶ Doc NU A/CONF.231/3 (2018), *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*.

⁷⁰⁷ Chetail, *supra* note 2 aux pp 105 et 207.

⁷⁰⁸ *CDE*, *supra* note 24, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987).

⁷⁰⁹ *Observation générale conjointe no 4*, *supra* note 684 au para 10.

« L'article 37 b) de la Convention relative aux droits de l'enfant établit le principe général selon lequel la privation de liberté d'un enfant ne doit être qu'une mesure de dernier ressort et d'une durée aussi brève que possible. Toutefois, les infractions concernant une entrée ou un séjour irrégulier ne peuvent en aucune circonstance avoir des conséquences similaires à celles découlant de la commission d'un crime. Par conséquent, la possibilité de placer en détention en tant que mesure de dernier ressort, qui peut s'appliquer dans des contextes tels que la justice pénale des mineurs, n'est pas applicable dans les procédures relatives à l'immigration parce qu'elle entrerait en conflit avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et avec le droit au développement ».

disproportionnée et *peut constituer un traitement cruel, inhumain ou dégradant* des enfants migrants⁷¹⁰.

Et si chacun des deux pactes adoptés en 2018 distingue l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe devant guider les pratiques de gouvernance des migrations internationales, le recours à la détention des mineur.e.s sur la base de leur statut migratoire n'en est pas, cependant, formellement exclu⁷¹¹. Les dispositions à cet égard ne visant qu'à « limiter » ses usages à une mesure de « dernier ressort »⁷¹². Aussi, en juillet 2019, l'ONU estimait à 330000 la proportion d'enfants placés, chaque année, en détention au motif de leur statut migratoire ou de celui de leurs parents ou tuteurs légaux. Et si la détention migratoire « n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant » et s'apparente à un « traitement cruel, inhumain ou dégradant », les études s'y intéressant relèvent cependant que la détention des mineur.e.s migrant.e.s est régulièrement motivée par ce même intérêt supérieur de l'enfant et, notamment, à ne pas être séparé de sa famille.

Sans qu'il ne soit explicitement défini, cet intérêt supérieur de l'enfant – qui jalonne le corpus normatif intéressant la protection des droits humains autant que celui relatif à la gouvernance globale des migrations – est ainsi distingué tant comme motif, justification, du recours à la détention migratoire envers les enfants que, à l'inverse, comme motif de prohibition des pratiques de privation de liberté des mineur.e.s migrant.e.s. Au constat de ces contradictions, d'une telle malléabilité rhétorique⁷¹³, s'impose le rappel de celles qu'engagent la souveraineté étatique dans l'appréhension des migrations internationales autant que l'ambivalence que cristallisait l'image du corps échoué sur une plage de Turquie de ce très jeune enfant, Aylan, de l'enfance en contexte migratoire. En écho, ou peut-être, mise en abyme, l'ambivalence de cet intérêt supérieur de l'enfant semble traduire celle de l'enfance migrante, de l'enfant lui-même.

⁷¹⁰ Doc NU A/HRC/28/68, Conseil des droits de l'homme, 21ème session, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, (5 mars 2015) au para 80, nos italiques.

⁷¹¹ *Pacte mondial pour les migrations*, *supra* note 706 au para 29(h). Notons ici que le libellé du Pacte pour les migrations préfère au terme « détention » celui de « rétention », dont on recense vingt-deux occurrences, lesquelles incluent l'usage à deux reprises de l'expression « rétention administrative ».

⁷¹² *Pacte mondial pour les migrations*, *supra* note 706, Objectif 13, aux paras 29 à 29(h).

⁷¹³ Alston, « The Best Interests Principle », *supra* note 23 à la p 17.

ANNEXE A

LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT (1989)

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

PRÉAMBULE

Les États parties à la présente Convention,

Considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, Ayant à l'esprit le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils ont résolu de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Reconnaissant que les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation,

Rappelant que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales,

Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,

Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension,

Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité,

Ayant à l'esprit que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant,

Ayant à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance »,

Rappelant les dispositions de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) et de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé,
Reconnaissant qu'il y a dans tous les pays du monde des enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficiles, et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière,
Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant,
Reconnaissant l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des enfants dans tous les pays, en particulier dans les pays en développement,
Sont convenus de ce qui suit :

PREMIÈRE PARTIE

Article premier

Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

Article 2

1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.
2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

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.
2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.
3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.

Article 4

Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale.

Article 5

Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Article 6

1. Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.
2. Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.

Article 7

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.
2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

Article 8

1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.
2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.
2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.
3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.
4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

Article 10

1. Conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence.

Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

2. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. À cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

Article 11

1. Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger.

2. À cette fin, les États parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

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.

Article 13

1. L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires :

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; ou

b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 14

1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Article 15

1. Les États parties reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

Article 16

1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.
2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Article 17

Les États parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. À cette fin, les États parties :

- a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'article 29 ;
- b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales ;
- c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants ;
- d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire ;
- e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.

Article 18

1. Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.
2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.
3. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises.

Article 19

1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.
2. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

Article 20

1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'État.
2. Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.

3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la *kafalah* de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

Article 21

Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

- a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;
- b) Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé ;
- c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale ;
- d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables ;
- e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

Article 22

1. Les États parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits États sont parties.

2. À cette fin, les États parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

Article 23

1. Les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.

2. Les États parties reconnaissent le droit à des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'état de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié.

3. Eu égard aux besoins particuliers des enfants handicapés, l'aide fournie conformément au paragraphe 2 du présent article est gratuite chaque fois qu'il est possible, compte tenu des ressources financières de leurs parents ou de ceux à qui l'enfant est confié, et elle est conçue de telle sorte que les enfants handicapés aient

effectivement accès à l'éducation, à la formation, aux soins de santé, à la rééducation, à la préparation à l'emploi et aux activités récréatives, et bénéficient de ces services de façon propre à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel, y compris dans le domaine culturel et spirituel.

4. Dans un esprit de coopération internationale, les États parties favorisent l'échange d'informations pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux États parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 24

1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les États parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :

- a) Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants ;
- b) Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires ;
- c) Lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel ;
- d) Assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés ;
- e) Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information ;
- f) Développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale.

3. Les États parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.

4. Les États parties s'engagent à favoriser et à encourager la coopération internationale en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit reconnu dans le présent article. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 25

Les États parties reconnaissent à l'enfant qui a été placé par les autorités compétentes pour recevoir des soins, une protection ou un traitement physique ou mental, le droit à un examen périodique dudit traitement et de toute autre circonstance relative à son placement.

Article 26

1. Les États parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale.

2. Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom.

Article 27

1. Les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.
2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.
3. Les États parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement.
4. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. En particulier, pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à l'égard de l'enfant vit dans un État autre que celui de l'enfant, les États parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés.

Article 28

1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :
 - a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ;
 - b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin ;
 - c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés ;
 - d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles ;
 - e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.
2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.
3. Les États parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 29

1. Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :
 - a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ;
 - b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies ;
 - c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ;
 - d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone ;
 - e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites.

Article 30

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

Article 31

1. Les États parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique.
2. Les États parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité.

Article 32

1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social.
2. Les États parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les États parties, en particulier :
 - a) Fixent un âge minimum ou des âges minimums d'admission à l'emploi ;
 - b) Prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi ;
 - c) Prévoient des peines ou autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article.

Article 33

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives, pour protéger les enfants contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes, et pour empêcher que des enfants ne soient utilisés pour la production et le trafic illicites de ces substances.

Article 34

- Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :
- a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ;
 - b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ;
 - c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

Article 35

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit.

Article 36

Les États parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être.

Article 37

Les États parties veillent à ce que :

- a) 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 ;
- b) 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 ;
- c) 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 ;
- d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

Article 38

1. Les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants.
2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités.
3. Les États parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les États parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées.
4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins.

Article 39

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

Article 40

1. Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.
2. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les États parties veillent en particulier :

a) A ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises ;

b) A ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :

i) Être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ;

ii) Être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense ;

iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux ;

iv) Ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable ; interroger ou faire interroger les témoins à charge, et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité ;

v) S'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi ;

vi) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée ;

vii) Que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.

3. Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :

a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale ;

b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés.

4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.

Article 41

Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer :

a) Dans la législation d'un État partie ; ou

b) Dans le droit international en vigueur pour cet État.

DEUXIÈME PARTIE

Article 42

Les États parties s'engagent à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants.

Article 43

1. Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.
2. Le Comité se compose de dix-huit experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. Ses membres sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques.
3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les États parties. Chaque État partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.
4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les États parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le Secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les États parties qui les ont désignés, et la communiquera aux États parties à la présente Convention.
5. Les élections ont lieu lors des réunions des États parties, convoquées par le Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies. A ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des États parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des représentants des États parties présents et votants.
6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection.
7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'État partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.
8. Le Comité adopte son règlement intérieur.
9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans.
10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des États parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale.
11. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention.
12. Les membres du Comité institué en vertu de la présente Convention reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions et selon les modalités fixées par l'Assemblée générale.

Article 44

1. Les États parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits :
 - a) Dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les États parties intéressés ;
 - b) Par la suite, tous les cinq ans.
2. Les rapports établis en application du présent article doivent, le cas échéant, indiquer les facteurs et les difficultés empêchant les États parties de s'acquitter pleinement des obligations prévues dans la présente

Convention. Ils doivent également contenir des renseignements suffisants pour donner au Comité une idée précise de l'application de la Convention dans le pays considéré.

3. Les États parties ayant présenté au Comité un rapport initial complet n'ont pas, dans les rapports qu'ils lui présentent ensuite conformément à l'alinéa b du paragraphe 1 du présent article, à répéter les renseignements de base antérieurement communiqués.

4. Le Comité peut demander aux États parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la Convention.

5. Le Comité soumet tous les deux ans à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités.

6. Les États parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays.

Article 45

Pour promouvoir l'application effective de la Convention et encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la Convention :

a) Les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des dispositions de la présente Convention qui relèvent de leur mandat. Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tous autres organismes qu'il jugera appropriés à donner des avis spécialisés sur l'application de la Convention dans les domaines qui relèvent de leurs mandats respectifs. Il peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies à lui présenter des rapports sur l'application de la Convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité ;

b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents tout rapport des États parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication ;

c) Le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant ;

d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et recommandations d'ordre général sont transmises à tout État partie intéressé et portées à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des États parties.

TROISIÈME PARTIE

Article 46

La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.

Article 47

La présente Convention est sujette à ratification. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 48

La présente Convention restera ouverte à l'adhésion de tout État. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 49

1. La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra le dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 50

1. Tout État partie peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général communique alors la proposition d'amendement aux États parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une conférence des États parties en vue de l'examen de la proposition et de sa mise aux voix. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des États parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle conférence, le Secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par la majorité des États parties présents et votants à la conférence est soumis pour approbation à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

2. Tout amendement adopté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article entre en vigueur lorsqu'il a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies et accepté par une majorité des deux tiers des États parties.

3. Lorsqu'un amendement entre en vigueur, il a force obligatoire pour les États parties qui l'ont accepté, les autres États parties demeurant liés par les dispositions de la présente Convention et par tous amendements antérieurs acceptés par eux.

Article 51

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies recevra et communiquera à tous les États le texte des réserves qui auront été faites par les États au moment de la ratification ou de l'adhésion.

2. Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisée.

3. Les réserves peuvent être retirées à tout moment par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, lequel en informe tous les États parties à la Convention. La notification prend effet à la date à laquelle elle est reçue par le Secrétaire général.

Article 52

Tout État partie peut dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle la notification a été reçue par le Secrétaire général.

Article 53

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 54

L'original de la présente Convention, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment habilités par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

ANNEXE B

LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'ENFANT (1959)

Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959, Rés AG 1386 (XIV), Doc off AG NU, 14ème sess, Doc NU A/RES/1386 (XIV) (1959).

PRÉAMBULE

Considérant que, dans la Charte, les peuples des Nations unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Considérant que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations unies ont proclamé que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation,

Considérant que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance,

Considérant que la nécessité de cette protection spéciale a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que dans les statuts des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se consacrent au bien-être de l'enfance,

Considérant que l'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même,

L'Assemblée générale

Proclame la présente Déclaration des droits de l'enfant afin qu'il ait une enfance heureuse et bénéficie, dans son intérêt comme dans l'intérêt de la société, des droits et libertés qui y sont énoncés; elle invite les parents, les hommes et les femmes à titre individuel, ainsi que les organisations bénévoles, les autorités locales et les gouvernements nationaux à reconnaître ces droits et à s'efforcer d'en assurer le respect au moyen de mesures législatives et autres adoptées progressivement en application des principes suivants :

PRINCIPE PREMIER

L'enfant doit jouir de tous les droits énoncés dans la présente Déclaration. Ces droits doivent être reconnus à tous les enfants sans exception aucune, et sans distinction ou discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou sur toute autre situation, que celle-ci s'applique à l'enfant lui-même ou à sa famille.

PRINCIPE 2

L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante.

PRINCIPE 3

L'enfant a droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité.

PRINCIPE 4

L'enfant doit bénéficier de la sécurité sociale, il doit pouvoir grandir et se développer d'une façon saine ; à cette fin une aide et une protection spéciales doivent lui être assurées, ainsi qu'à sa mère, notamment des soins prénatals et postnatals adéquats. L'enfant a droit à une alimentation, à un logement, à des loisirs et à des soins médicaux appropriés.

PRINCIPE 5

L'enfant physiquement, mentalement ou socialement désavantagé doit recevoir le traitement, l'éducation et les soins spéciaux que nécessite son état ou sa situation.

PRINCIPE 6

L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle; l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. La société et les pouvoirs publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants. Il est souhaitable que soient accordées aux familles nombreuses des allocations de l'État ou autres pour l'entretien des enfants.

PRINCIPE 7

L'enfant a droit à une éducation qui doit être gratuite et obligatoire au moins aux niveaux élémentaires. Il doit bénéficier d'une éducation qui contribue à sa culture générale et lui permette, dans des conditions d'égalité de chances, de développer ses facultés, son jugement personnel et son sens des responsabilités morales et sociales, et de devenir un membre utile de la société.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents.

L'enfant doit avoir toutes possibilités de se livrer à des jeux et à des activités récréatives, qui doivent être orientés vers les fins visées par l'éducation; la société et les pouvoirs publics doivent s'efforcer de favoriser la jouissance de ce droit.

PRINCIPE 8

L'enfant doit, en toutes circonstances, être parmi les premiers à recevoir protection et secours.

PRINCIPE 9

L'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation, il ne doit pas être soumis à la traite, sous quelque forme que ce soit.

L'enfant ne doit pas être admis à l'emploi avant d'avoir atteint un âge minimum approprié; il ne doit en aucun cas être astreint ou autorisé à prendre une occupation ou un emploi qui nuise à sa santé ou à son éducation, ou qui entrave son développement physique, mental ou moral.

PRINCIPE 10

L'enfant doit être protégé contre les pratiques qui peuvent pousser à la discrimination raciale, à la discrimination religieuse ou à toute autre forme de discrimination. Il doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, et dans le sentiment qu'il lui appartient de consacrer son énergie et ses talents au service de ses semblables.

ANNEXE C
LA DÉCLARATION DE GENÈVE (1924)

Déclaration de Genève, 26 septembre 1924, Compte rendu de la Cinquième Assemblée, Journal Officiel de la Société des Nations, Supplément spécial No 23, p 179

Par la présente Déclaration des droits de l'enfant, dite déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance.

- I. L'enfant doit être mis en mesure de se développer de façon normale, matériellement et spirituellement ;
 - II. L'enfant qui a faim doit être nourri ; l'enfant malade doit être soigné ; l'enfant arriéré doit être encouragé ; l'enfant dévoyé doit être ramené ; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus ;
 - III. L'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse ;
 - IV. L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation ;
 - V. L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères
-

By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as the Declaration of Geneva, men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed:

- I. The child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually;
- II. The child that is hungry must be fed; the child that is sick must be helped; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succored;
- III. The child must be the first to receive relief in times of distress;
- IV. The child must be put in a position to earn a livelihood and must be protected against every form of exploitation;
- V. The child must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of its fellow men

BIBLIOGRAPHIE

DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Traités, Pactes et Déclarations

Convention de Vienne sur le droit des traités, 29 mai 1969, J155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [CVDT].

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 18 décembre 1990, 2220 RTNU 3, (entrée en vigueur: 1er juillet 2003).

Convention relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, 189 RTNU, (entrée en vigueur: 22 avril 1954).

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [CDE].

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987).

Déclaration de concernant les buts et objectifs de l'OIT, Conférence internationale du Travail, 26ème sess, Philadelphie, 10 mai 1944, Doc off OIT

Déclaration de Genève, Compte rendu de la Cinquième Assemblée, Journal Officiel de la Société des Nations, Supplément spécial No 23, p 179.

Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959, AG NU Rés 1386 (XIV), 14ème session, Doc NU A/RES/1386 (XIV) [Déclaration de 1959].

Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3ème sess, supp n°13 [DUDH].

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [PIDESC].

Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, Doc off AG NU, annexe, Doc NU A/CONF231/3 (2018).

UNHCR, Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés. Deuxième partie: Pacte mondial sur les réfugiés, 73.me sess, supp no 12, Doc NU A/73/12 (Part II) (2018).

Documents des Nations Unies

Comité des droits de l'enfant et Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, *Observation générale conjointe no 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales*, Doc NU CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 novembre 2017.

Comité des droits de l'enfant et Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, *Observation générale conjointe no 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour*, Doc NU CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale no 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu*, Doc NU CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009.

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art.3, par.1)*, Doc NU CRC/C/GC/14, 2013.

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale no 5 (2003) sur les mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art.4, 42 et 44, par.6)*, Doc NU CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003.

Comité des droits de l'enfant, *Observation générale no 6 (2005) sur le traitement des enfants non-accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Doc NU CRC/GC/2005/6, 1^{er} septembre 2005.

Comité des droits de l'enfant *Réserves, déclarations et objections concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc NU CRC/C/2/Rev.8, 7 décembre 1999.

Résolution 31/169 sur une Année internationale de l'enfant, Rés AG 31/169, 21 décembre 1976, Doc off AG NU 31/169, (1976).

Travaux préparatoires de la Convention relative aux droits de l'enfant

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Legislative History of the UN Convention on the Rights of the Child*, United Nations, 2007.

Extraits des travaux préparatoires de la Convention relative aux droits de l'enfant

1979 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1469, [1979 Report of the WG].

1981 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/L.1575, [1981 Report of the WG].

1984 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1984/71, [1984 Report of the WG].

1989 Report of the Working Group to the Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1989/48, [1989 Report of the WG].

Revised Polish Draft (1979), Commission on Human Rights, Doc NU E/CN.4/1349, [Revised Polish Draft (1979)].

Publications des Nations Unies

Mendéz, Juan E, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Conseil des droits de l'homme, 21.me session, Doc NU A/HRC/28/68, 5 mars 2015.

Nowak, Manfred, *Rapport de l'Expert indépendant chargé de l'étude mondiale sur la situation des enfants privés de liberté*, Doc off AG NU, 74.me session, Doc NU A/74/136, 11 juillet 2019.

United Nations Children's Fund (UNICEF). *Uprooted: The Growing Crisis for Refugee and Migrant Children*, New York, United Nations, 2016.

Autre documentation internationale

Résolution concernant la jeunesse des pays libérés, Res no 9, Conférence internationale du Travail, 27ème sess, Paris, 1945, Doc off OIT.

Résolution concernant la protection des enfants et des jeunes travailleurs, Res no 8, Conférence internationale du Travail, 27ème sess, Paris, 1945, Doc off OIT.

DOCTRINE

Monographies

Bhabha, Jacqueline, *Child Migration & Human Rights in a Global Age*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

- Bhabha, Jacqueline, dir, *Children Without a State. A Global Human Rights Challenge*, Cambridge, The MIT Press, 2011.
- Bosworth, Mary, *Inside Immigration Detention*, New York, Oxford University Press, 2014.
- Buck, Trevor, *International Child Law*, 3ème éd, Londres; New York, Routledge, 2014.
- Buxton, Dorothy & E Fuller, *The White Flame: The Story of Save the Children*, Londres, Weardale Press, 1931.
- Chetail, Vincent, dir, *Mondialisation, migrations et droits de l'homme: le droit international en questions (volume II)*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Clochard, Olivier, dir, *Atlas des migrants en Europe: géographie critique des politiques migratoires*, Paris, Armand Colin, 2012.
- Fiske, Lucy, *Human Rights, Refugee Protest and Immigration Detention*, Londres, Palgrave Macmillan Publishers, 2016.
- Freeman, Michael, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 3: The Best Interests of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Houssaye, Jean, dir, *Quinze pédagogues. Idées principales et textes choisis*, Pédagogues du monde entier, Éditions Fabert, 2013.
- Jebb, Eglantyne, *Save the Child! A Posthumous Essay*, Londres, The Weardale Press, 1929.
- Lavallée, Carmen, *La protection internationale des droits de l'enfant: entre idéalisme et pragmatisme, Mondialisation et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- Morris, Jennifer M, *The Origins of UNICEF, 1946-1953*, Lanham, Maryland, Lexington Books, 2015.
- Pobjoy, Jason M, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge Asylum and Migration Studies, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017.
- Wilsher, Daniel, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Chapitres d'ouvrages collectifs

- Archard, David & John Tobin, « Art.1 The Definition of a Child » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary Oxford Commentaries on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019 21.
- Besson, Samantha & Eleonor Kleber, « Art.2 The Right to Non-Discrimination » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary Oxford Commentaries on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019 41.

- Eekelaar, John & John Tobin, « Art.3 The Best Interests of the Child » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary* Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 73.
- Koskenniemi, Martti, « Entre Apologie et Utopie: la politique du droit international » dans *La politique du droit international* Doctrine(s), Paris, Éditions A. Pedone, 2007 51.
- Koskenniemi, Martti, « Le style comme méthode: lettre aux organisateurs du symposium » dans *La politique du droit international* Doctrine(s), Paris, Éditions A. Pedone, 2007 391.
- Pobjoy, Jason M & John Tobin, « Art.10 The Right to Family Reunification » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary* Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 343.
- Rodier, Claire & Isabelle Saint-Saëns, « Contrôler et filtrer: les camps au service des politiques migratoires de l'Europe » dans Vincent Chetail, dir, *Mondialisation, migrations et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007 619.
- Sutherland, Elaine E, « Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenges of Vagueness and Priorities » dans Elaine E Sutherland & Lesley-Anne Barnes Macfarlane, dir, *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 21.
- Tobin, John & Sheila Varadan, « Art.5 The Right to Parental Direction and Guidance Consistent with a Child's Evolving Capacities » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary* Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 159.
- Tobin, John, « Introduction: The Foundation for Children's Rights » dans John Tobin, dir, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary* Oxford Commentaries on International Law, Oxford, Oxford University Press, 2019 3.

Articles de périodiques

- Alston, Philip, « The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights » (1994) 1 Int'l JL & Fam 1-25.
- Alston, Philip, « The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child » (1990) 12:1 Hum Rts Q 156-178.
- Archard, David & Marit Skivenes, « Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views » (2009) 17:1 The International Journal of Children's Rights 1-21.
- Baughan, Emily & Juliano Fiori, « Save the Children, the humanitarian project, and the politics of solidarity: reviving Dorothy Buxton's vision » (2015) 39:s2 Disasters s129-s145.
- Bhabha, Jacqueline, « "Get Back to Where You Once Belonged": Identity, Citizenship, and Exclusion in Europe » (1998) 20:3 Hum Rts Q 592-627.

- Bhabha, Jacqueline, « The Child: What Sort of Human? » (2006) 121:5 PMLA 1526-1535.
- Blanchard, Emmanuel, « Externaliser pour contourner le droit » (2009) 308 Revue Projet 62-66.
- Blanchard, Emmanuel, Olivier Clochard & Claire Rodier, « Sur le front des frontières » (2010) 87 Plein droit 3-7.
- Charlesworth, Hilary, « Feminist Methods in International Law » (1999) 93:2 AJIL 379-394.
- Charlesworth, Hilary, Christine Chinkin & Shelley Wright, « Feminist Approaches to International Law » (1991) 85:4 AJIL 613-645.
- Crépeau, François & Idil Atak, « Global Migration Governance: Avoiding Commitments on Human Rights, Yet Tracing a Course for Cooperation » (2016) 34:2 Neth QHR 113-146.
- Droux, Joëlle, « A League of its own? The League of Nations' Child Welfare Committee (1919-1936) and international monitoring of child welfare policies » dans Organisation des Nations Unies, dir, *The League of Nations' Work on Social Issues*, 2016 89.
- Droux, Joëlle, « L'internationalisation de la protection de l'enfance: acteurs, concurrences et projets transnationaux (1900-1925) » (2011) 3:52 Critique internationale 17-33.
- Droux, Joëlle, « La tectonique des causes humanitaires: concurrences et collaborations autour du Comité de protection de l'enfance de la Société des Nations (1880-1940) » (2012) 3:151 Relations internationales 77-90.
- Eichsteller, Gabriel, « Janusz Korczak – His Legacy and its Relevance for Children's Rights Today » (2009) 17:3 Int J Child Rights 377-391.
- Fineman, Martha Albertson, « The Social Foundations of Law » (2005) 54 Emory LJ 201-237.
- Fineman, Martha Albertson, « The Vulnerable Subject and the Responsive State » (2010) 60:2 Emory LJ 251-275.
- Fineman, Martha Albertson, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition » (2008) 20:1 Yale JL & Feminism 1-23.
- Fineman, Martha Albertson, « Vulnerability and Inevitable Inequality » (2017) 4:03 Oslo L Rev 133-149.
- Fineman, Martha Albertson, « Vulnerability, Resilience, and LGBT Youth Symposium: LGBT Youth: Reconciling Pride, Family, and Community » (2013) 23 Temp Pol & Civ Rts L Rev 307-330.
- Flynn, Michael, « Kidnapped, Trafficked, Detained: The Implications of Non-State Actor Involvement in Immigration Detention » (2017) 5 J Migr & Hum Sec 593-613.
- Flynn, Michael, « There and Back Again: On the Diffusion of Immigration Detention » (2014) 5:3 J Migr & Hum Sec 593-613.
- Gnydiuk, Olga, « Defining the 'best interests' of children during the post-1945 transformations in Europe » (2021) 19:3 J Mod Eur Hist 292-306.

- Hiemstra, Nancy & Deirdre Conlon, « Beyond privatization: bureaucratization and the spatialities of immigration detention expansion » (2011) 5:3 *Territory, Politics, Governance* 189-209.
- Hugon, Marie-Anne, « Les pédagogies nouvelles : quel apport pour l'école d'aujourd'hui ? » (2016) 1:9 *Spécificités* 26-38.
- Kerber-Ganse, Waltraut, « Eglantyne Jebb – A Pioneer of the Convention on the Rights of the Child » (2015) 23:2 *Int J Child Rights* 272-282.
- Kind-Kovács, Friederike & Machteld Venken, « Childhood in Times of Political Transformation in the 20th Century: an introduction » (2021) *J Mod Eur Hist* 1-11.
- Klabbers, Jan, « International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation? » (2003) 50:3 *Netherlands International Law Review* 267-288.
- Langrognet, Fabrice, « The Best Interests of the Child in French Deportation Case Law » (2018) 18 *HRL Rev* 567.
- Lindgren, Carl, « A man of vision who blazed the trail for children's rights and died a hero's death » (2016) 105:4 *Acta Paediatr* 349-351.
- Marshall, Dominique, « The Construction of Children as an Object of International Relations: The Declaration of Children's Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900-1924 » (1999) 7 *Int'l J Child Rts* 103-148.
- Meirieu, Philippe, « Janusz Korczak. L'invention des droits de l'enfant » dans Martine Fournier, dir, *Les grands penseurs de l'éducation* Petite bibliothèque, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, 2018 59.
- Moody, Zoe, « La fabrication internationale des droits de l'enfant: genèse de la Déclaration des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1946-1959) » (2015) 1:161 *Relations internationales* 65-80.
- Mortenson, Julian D, « The Travaux of the Travaux: Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History? » (2013) 107:4 *AJIL* 780-822.
- Reinisch, Jessica, « 'We Shall Rebuild Anew a Powerful Nation': UNRRA, Internationalism and National Reconstruction in Poland » (2008) 43:3 *Journal of Contemporary History* 451-476.
- Reinisch, Jessica, « Internationalism in Relief: The Birth (and Death) of UNRRA » (2011) 210:Supplement 6 *Past & Present* 258-289.
- Richardot, Sophie, « Janusz Korczak et Friedl Dicker-Brandeis : deux pédagogues de la liberté dans l'univers concentrationnaire nazi » (2012) 42:2 *Le Télémaque* 87.
- Rodier, Claire, « Entrer, voir, dire, faire sortir » (2013) 96 *Plein droit* 23-26.
- Rodier, Claire, « Les camps d'étrangers, nouvel outil de la politique migratoire de l'Europe » (2005) 30 *Mouvements* 102-107.
- Sandberg, Kirsten, « The Convention on the Rights of the Child and the Vulnerability of Children » (2015) 84:2 *Nordic J Int'l L* 221-247.

- Tobin, John, « Justifying Children's Rights » (2013) 21:3 Int'l J Child Rts 395-441.
- Tobin, John, « Understanding Children's Rights: A Vision beyond Vulnerability » (2015) 84:2 Nordic J Int'l L 155-182.
- Varadan, Sheila, « The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child » (2019) 27:2 The International Journal of Children's Rights 306-338.
- Zahra, Tara, « Lost Children: Displacement, Family, and Nation in Postwar Europe » (2009) 81:1 The Journal of Modern History 45-86.

AUTRES PUBLICATIONS

Articles de presse

- « Aylan et sa famille, morts d'avoir voulu fuir la guerre », *Le Nouvel Observateur* (3 septembre 2015), en ligne: <<https://www.nouvelobs.com/monde/20150903.OBS5186/aylan-et-sa-famille-morts-d-avoir-voulu-fuir-la-guerre.html>>.
- « La photo d'un enfant mort noyé devient le symbole du drame des migrants », *Libération* (1 septembre 2015), en ligne: <https://www.liberation.fr/planete/2015/09/01/flux-migratoires-la-hongrie-bloque-les-migrants-l-europe-divisee_1374061/>.
- Barnard, Anne & Karam Shoumali, « Image of Drowned Syrian, Aylan Kurdi, 3, Brings Migrant Crisis Into Focus », *The New York Times* (3 septembre 2015), en ligne: <<https://www.nytimes.com/2015/09/04/world/europe/syria-boy-drowning.html>>.
- Cornellier, Manon, « Le petit garçon au chandail rouge », *Le Devoir* (4 septembre 2015), en ligne: <<https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/449344/le-petit-garcon-au-chandail-rouge>>.
- Fenoglio, Jérôme, « Réfugiés: une photo pour ouvrir les yeux », *Le Monde* (3 septembre 2015), en ligne: <https://www.lemonde.fr/europe/article/2015/09/04/refugies-une-photo-pour-ouvrir-les-yeux_4744650_3214.html>.
- Hattar, Mussa, « Émotion, consternation et colère », *Le Devoir* (4 septembre 2015), en ligne: <<https://www.ledevoir.com/monde/moyen-orient/449300/refugies-syriens-emotion-consternation-et-colere>>.
- Homans, Charles, « The Boy on the Beach », *The New York Times* (3 septembre 2015), en ligne: <<https://www.nytimes.com/2015/09/03/magazine/the-boy-on-the-beach.html>>.
- Smith, Helena, « Shocking images of drowned Syrian boy show tragic plight of refugees », *The Guardian* (2 septembre 2015), en ligne: <<https://www.theguardian.com/world/2015/sep/02/shocking-image-of-drowned-syrian-boy-shows-tragic-plight-of-refugees>>.

Rapports et documents de travail

Arbogast, Lydie, *La détention des migrants dans l'Union européenne: un business florissant*, Migreurop, 2016. En ligne : <<http://www.migreurop.org/article2761.html>>.

Guild, Elspeth. Report for the European Parliament: Directorate General Internal Policies of the Union: A typology of different types of centres in Europe, DG Internal Policies of the Union, Citizens Rights and Constitutional Affairs, 2006.

Sites web

Migreurop, « De la diversité des termes à l'usage d'euphémismes pour désigner les camps d'étrangers », (novembre 2013), en ligne: *Migreurop* <<http://closethecamps.org/2013/11/26/de-ladiversite-des-termes-a-lusage-deuphemismes-pour-designer-les-camps-detrangers/>>.