



Strasbourg, le 3 avril 2014

CDL-AD(2014)005
Or. angl.

Avis n° 713 / 2013

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

RAPPORT

SUR LA PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT :
NORMES INTERNATIONALES ET CONSTITUTIONS NATIONALES

adopté par la Commission de Venise
lors de sa 98^e session plénière
(Venise, 21-22 mars 2014)

sur la base des observations de

M. Christoph GRABENWARTER (membre, Autriche)
M. Jan HELGESEN (membre, Norvège)
Mme Anne PETERS (membre suppléant, Allemagne)
Mme Herdis THORGEIRSDOTTIR (membre, Islande)
Mme Anne LINDBOE (experte, Norvège)
Mme Ursula KILKELLY (experte DGII, Irlande)
M. Conor O'MAHONY (expert DGII, Irlande)

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION.....	3
II. REMARQUES GÉNÉRALES	3
III. Principes directeurs de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ...	4
IV. Protection constitutionnelle indirecte des droits de l'enfant via le droit international	7
A. Intégration de la CRC dans l'ordre juridique interne.....	7
1. Effet direct et/ou indirect de la CRC dans l'ordre juridique interne	8
a. Effet direct	8
b. Effet indirect	9
2. Réserves.....	9
3. Suivi international de la CRC	10
B. Charte des droits fondamentaux et protection des droits de l'enfant.....	10
C. Convention européenne des droits de l'homme.....	10
D. Caractère contraignant de la CRC et de l'article 24 CDF UE pour les acteurs privés	15
1. Caractère contraignant de la CRC pour les acteurs privés.....	15
2. Caractère contraignant de l'article 24 CDF UE pour les acteurs privés.....	16
V. Protection constitutionnelle des droits de l'enfant en Europe	17
A. Constitutions ne mentionnant pas les droits de l'enfant	17
B. Constitutions comportant des clauses liées aux enfants ou à leurs droits.....	17
1. Etendue de la protection	17
2. Forme de la protection	21
a. L'enfant comme objet d'une protection particulière	21
b. L'enfant comme détenteur de droits.....	23
c. Délégation au législateur	24
D. Application des dispositions relatives aux droits de l'enfant	25
1. L'absence de recours	26
2. Les recours administratifs.....	26
3. Les recours judiciaires	27
VI. Conclusions.....	28

I. INTRODUCTION

1. Lors de sa 95^e session plénière (8-9 mars 2013), la Commission de Venise a décidé de contribuer à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant (2012-2015) en lançant une étude consacrée aux droits de l'enfant dans les constitutions. Cette étude répond également à une question de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable de l'Assemblée parlementaire, datée du 25 mars 2013 : « Comment intégrer les droits de l'enfant dans les constitutions nationales de manière à en promouvoir la mise en œuvre effective ? ».

2. Le présent rapport a été rédigé sur la base des observations des co-rapporteurs, Mmes A. Peters et H. Thorgeirsdottir et MM. C. Grabenwarter et J. Helgesen, ainsi que des contributions de Conor O' Mahony, Ursula Kilkelly et Anne Lindboe, Médiatrice norvégienne pour les droits de l'enfant, en qualité d'experts.

3. Des discussions préliminaires ont eu lieu au sein de la Sous-commission sur les institutions démocratiques les 10 octobre et 5 décembre 2013 et le 20 mars 2014. Le présent rapport a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 98^e session plénière (Venise, 20-21 mars 2014).

II. REMARQUES GÉNÉRALES

4. L'adoption de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, en 1989, a marqué la reconnaissance internationale des enfants comme détenteurs de droits. Au cours des années suivantes, cette reconnaissance s'est peu à peu diffusée dans d'autres instruments internationaux et dans les systèmes juridiques nationaux à plusieurs niveaux, y compris dans les constitutions.

5. Les droits de l'enfant sont protégés par d'autres instruments internationaux, dont les traités généraux relatifs aux droits de l'homme comme la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « CEDH ») et sa jurisprudence, et le Conseil de l'Europe a élaboré des instruments spécialisés concernant des aspects précis des droits de l'enfant comme l'adoption, l'adaptation du système de justice aux enfants ou la détention des mineurs¹.

6. L'évolution constante de nos sociétés et l'apparition de nouvelles menaces pour le bien-être des enfants amènent à se demander si les lois et les constitutions telles qu'elles existent aujourd'hui offrent une protection suffisante. Les Européens traversent l'une des pires crises économiques depuis la seconde guerre mondiale ; l'austérité, nouvelle réalité politique, menace plus de six décennies de progrès dans la solidarité sociale et la protection des droits de l'homme au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, comme l'a récemment souligné le Commissaire aux droits de l'homme². Plus spécifiquement, de plus en plus d'enfants se trouvent en situation de pauvreté, ce qui risque d'avoir des effets négatifs à long terme. Dans son rapport annuel 2012, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne souligne que « la pauvreté des enfants est une question de plus en plus préoccupante dans l'Union européenne³ » ; la crise économique a fait augmenter le pourcentage d'enfants touchés par la pauvreté ou l'exclusion sociale dans plusieurs Etats

¹ Voir la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), STCE n° 202, les Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants, adoptées par le Comité des Ministres le 17 octobre 2010, et les Règles européennes pour les délinquants mineurs faisant l'objet de sanctions ou de mesures (Recommandation CM/Rec(2008)11).

² Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Safeguarding Human Rights in Times of Economic Crisis », document thématique, novembre 2013.

³ « Children falling victim to EU economic crisis », 18 juin 2013, <http://www.eubusiness.com/news-eu/children-poverty.p8d>

membres⁴. Dans ce contexte, il est clair que les interrelations entre droits de l'enfant et égalité des chances sont plus fortes que jamais, ce qui appelle une réaction appropriée.

7. La présente étude vise à déterminer si le cadre constitutionnel actuel suffit à protéger effectivement les droits de l'enfant. Elle se concentre sur quelques éléments essentiels à cette protection, identifiés par les rapporteurs, et ne prétend donc pas constituer une analyse complète de tout l'éventail de la protection des droits de l'enfant dans les constitutions.

8. Concernant le caractère effectif de la protection prévue au niveau constitutionnel, compte tenu du temps et des moyens qui nous étaient alloués, notre rapport s'appuie sur les principes directeurs et sur les outils juridiques qui peuvent être observés en Europe sans procéder à une analyse exhaustive des pratiques et des mécanismes de mise en œuvre dans les quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe. Nous avons conçu cette étude comme un apport constructif à la Stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant (2012-2015).

9. L'étude examine d'abord les principales incidences de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après : « CRC ») et les observations du Comité des droits de l'enfant concernant l'obligation des Etats parties de protéger les droits de l'enfant dans leur système juridique interne. Elle décrit ensuite les avantages et les inconvénients d'une protection constitutionnelle via le droit international, puis passe en revue les dispositions de la CEDH et la jurisprudence les concernant et analyse brièvement l'impact des dispositions de l'UE relatives aux droits fondamentaux.

10. L'examen de la question de l'égalité des chances et des droits de l'enfant en période de crise éclairera des éléments cruciaux de l'obligation positive qu'ont les Etats de respecter leurs engagements internationaux.

11. Concernant la protection des droits de l'enfant au niveau national, l'étude analyse cette protection dans les constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que sa mise en œuvre. Enfin, les conclusions qui ressortent de cette analyse amènent à des recommandations jugées cruciales pour promouvoir la mise en œuvre effective des droits de l'enfant.

III. Principes directeurs de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

12. La CRC incarne la reconnaissance du statut de l'enfant comme détenteur de droits autonome ; elle forme le socle du droit international en matière de protection des droits de l'enfant⁵. En la ratifiant, les Etats parties à la Convention ont réaffirmé la « dignité de chaque individu⁶ », que le Comité des droits de l'enfant de l'ONU (ci-après : « le Comité ») qualifie de « principe directeur fondamental du droit international des droits de l'homme⁷ ». Les enfants ont des droits non parce qu'ils sont des enfants, mais parce qu'ils sont des êtres humains.

⁴ Conclusions du Conseil « Emploi, politique sociale, santé et consommateurs » sur la prévention et la lutte contre la pauvreté des enfants et l'exclusion sociale et la promotion du bien-être des enfants, Bruxelles, 5 octobre 2012.

⁵ La Convention a été adoptée par la Résolution n° 44/05 de l'Assemblée générale lors de sa 61^e session plénière, le 20 novembre 1989, et ratifiée par 193 pays.

⁶ Comité des droits de l'enfant, « Le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments (art. 19, 28 (par. 2) et 37, entre autres) », Observation générale n° 8 (2 mars 2007), Doc. ONU CRC/C/GC/8, par. 16. Voir aussi M. Freeman, « Why it remains important to take children's rights seriously » (2007), *The International Journal of Children's Rights* 15:5-23, 7.

⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 8, *ibid.*

13. Il ressort clairement de la CRC que les enfants ont des droits et que les Etats doivent défendre et protéger ces droits. Ces affirmations se sont répercutées sur l'impératif de reconnaissance de la capacité juridique de l'enfant et sur l'expression juridique des droits de l'enfant en droit international⁸. Elles sous-tendent le mouvement vers l'adoption de dispositions juridiques consacrées aux droits de l'enfant au niveau national.

14. Contrairement à la plupart des autres instruments de droit international des droits de l'homme, la CRC reconnaît que les bénéficiaires des droits qu'elle entérine ne dépendent pas uniquement de l'Etat pour la défense de ces droits, mais aussi d'autres adultes (parents, autres membres de la famille et tuteurs⁹). La Convention reconnaît que c'est dans un milieu familial aimant et sécurisant qu'un enfant s'épanouit le mieux et note que l'enfant dépend parfois des membres de sa famille pour exercer ses droits et les faire pleinement valoir¹⁰. Elle répond dans le même temps à une réalité : les besoins de l'enfant peuvent se trouver ignorés, dilués ou infirmés par les droits de la famille (ou des personnes exerçant l'autorité parentale¹¹), dont l'autorité est souvent reconnue en termes très forts en droit national. La CRC a été conçue pour promouvoir et diffuser une nouvelle vision de l'enfant comme détenteur de droits en lui-même – l'enfant, cependant, a besoin d'être protégé au sein de sa famille. Comme affirmé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la famille est l'élément fondamental de la société. Elle est une construction sociale et juridique et, dans plusieurs pays, une construction religieuse¹².

15. L'approche fondée sur les droits incarnée par la CRC part de la reconnaissance de la valeur universelle de dignité¹³ pour déclarer que chaque enfant a des droits, qu'il exerce progressivement à mesure que ses capacités se développent¹⁴. Le fait que l'enfant ait souvent besoin de représentation, d'assistance et de soutien pour exercer ses droits ne remet pas en cause son statut de détenteur de droits.

16. Il a été reconnu qu'une approche fondée sur les droits de l'enfant supposait « un changement de paradigme » consistant « à respecter et promouvoir la dignité humaine et l'intégrité physique et psychologique des enfants » et à les voir comme des individus titulaires de droits plutôt qu'avant tout comme des « victimes¹⁵ ». A l'opposé d'une définition paternaliste des besoins de l'enfant, fondée sur le jugement des adultes, l'approche fondée sur les droits reconnaît la capacité de l'enfant à contribuer à la réalisation de ses droits¹⁶.

17. En outre, d'après le Comité des droits de l'enfant, l'approche fondée sur les droits de l'enfant vise à garantir la réalisation des droits de tous les enfants en vertu de la Convention « en développant la capacité des titulaires d'obligations de s'acquitter de leur obligation de respecter, protéger et réaliser ces droits (article 4) et la capacité des titulaires de droits de faire valoir leurs droits¹⁷ ». Comme pour tous les droits de l'homme, l'Etat est en vertu de la CRC le premier détenteur d'obligations en matière de droits de l'enfant. Les parents, comme pourvoyeurs de soins, ont aussi un rôle à jouer dans la réalisation des droits de l'enfant, soit directement soit en la favorisant. D'après le Comité, les Etats « sont tenus de considérer leur rôle comme consistant à s'acquitter d'obligations juridiques claires envers chaque enfant. La

⁸ S. Detrich (éd.), J. Doek et N. Cantwell, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the 'travaux préparatoires'* (Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1992), 27.

⁹ U. Kilkelly, « Children's Rights and the Family: Myth and Reality », *Studies: An Irish Review Quarterly*, vol. 97, n° 385, printemps 2008 7-18.

¹⁰ Voir par exemple le préambule, l'article 5 et l'article 18.

¹¹ Voir par exemple l'article 19 de la CRC, qui prévoit que l'enfant doit être protégé contre toute atteinte y compris pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de ses représentants légaux.

¹² Résolution ONU 217 A (III), article 16.3.

¹³ Voir M. Freeman, *The rights and wrongs of children* (Londres : Frances Pinter Publishers, 1983), chapitre 2.

¹⁴ Comité des droits de l'enfant, « Mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance », Observation générale n° 7 (20 septembre 2006), Doc. ONU CRC/C/GC/7/Rev.1, par. 3.

¹⁵ Comité des droits de l'enfant, « Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence » (2011), Observation générale n° 13, Doc. ONU CRC/C/GC/13, par. 3.

¹⁶ Voir par exemple *ibid.*, par. 63.

¹⁷ *Ibid.*, par. 59.

mise en œuvre des droits fondamentaux des enfants ne doit pas être perçue comme un acte de charité envers eux¹⁸ ».

18. Les droits de l'homme sont indissociables et interdépendants, ce qui signifie que tous doivent être respectés et garantis « de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance¹⁹ ». L'application de ces principes aux droits de l'enfant ressort clairement du champ « extraordinairement complet » de la Convention, qui « englobe tous les aspects des droits de l'homme tels que traditionnellement définis – civils, politiques, économiques, sociaux et culturels²⁰ ». Les dispositions de fond de la CRC affirment donc que « tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés²¹ ». Depuis sa création, le Comité des droits de l'enfant attire régulièrement l'attention sur ce principe au cœur du droit international des droits de l'homme. Une approche complète des droits de l'enfant exige donc la mise en œuvre des dispositions de la Convention prônant la participation de l'enfant aux prises de décisions (les « droits à la participation ») aussi bien que celle des dispositions qui cherchent à protéger l'enfant contre toute atteinte (les « droits à la protection²² »).

19. Lors de sa première session, le Comité a mis en évidence quatre principes généraux parmi les dispositions de la Convention : la non-discrimination (art. 2), l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale dans toutes les décisions le concernant (art. 3), le droit de tout enfant à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit de l'enfant d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant (art. 12²³).

20. Les principes généraux constituent à la fois des droits individuels, auxquels chaque enfant peut prétendre, et des orientations pour la mise en œuvre et l'interprétation de la Convention dans son ensemble²⁴. Le Comité des droits de l'enfant a recommandé que ces dispositions, en particulier, soient traduites et mises en œuvre dans les systèmes juridiques nationaux²⁵.

21. Dans le contexte de l'article 4 de la CRC, le Comité a également expressément souligné l'importance d'inscrire les droits de l'enfant dans la constitution. Certains Etats ayant fait valoir « qu'il suffisait de garantir dans leur Constitution les droits de « chacun » pour assurer le respect de ces droits dans le cas des enfants », le Comité affirme : « La question qui se pose alors est celle de savoir si les droits en question sont véritablement assurés aux enfants et peuvent être invoqués directement devant les tribunaux²⁶ ». Lorsque la constitution d'un Etat comprend des dispositions spécifiques aux enfants, le Comité souligne l'importance des principes généraux de la Convention et d'une approche fondée sur les droits :

¹⁸ Comité des droits de l'enfant, « Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 412 et 44, par. 6) » (2003), Observation générale n° 5, Doc. ONU CRC/GC/2003/5, par. 11.

¹⁹ « Déclaration et programme d'action de Vienne », Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne : 14 au 25 juin 1993) (12 juillet 1993), Doc. ONU G.A/CONF.157/23, par. 5.

²⁰ S. Detrich (éd.), J. Doek et N. Cantwell, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the 'travaux préparatoires'* (Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1992), 27. Voir aussi D. McGoldrick, « The United Nations Convention on the Rights of the Child », 5 *International Journal of Law and the Family* (1991), 132-169.

²¹ Déclaration et programme d'action de Vienne, par. 5.

²² Par exemple, le Comité a récemment attiré l'attention sur l'importance de prendre en considération « la nature universelle, indivisible, interdépendante et indissociable des droits de l'enfant » au moment d'appliquer l'un des droits fondamentaux et principes généraux de la Convention : l'intérêt supérieur de l'enfant. Voir Comité des droits de l'enfant, « Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1) », Observation générale n° 14 (29 mai 2013), Doc. ONU CRC/C/GC/14, par. 16.

²³ Comité des droits de l'enfant, Directives spécifiques à l'instrument concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les Etats parties doivent soumettre en application du paragraphe 1 b) de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant (30 octobre 1991), Doc. ONU CRC/C/5. Voir aussi la version mise à jour de ces Directives (23 novembre 2010), Doc. ONU CRC/C/58/Rev.2, par. 23-27.

²⁴ Comité des droits de l'enfant, « Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 412 et 44, par. 6) », Observation générale n° 5, par. 12.

²⁵ Voir par exemple Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Irlande, CRC/C/15/Add. 85, 4 février 1998, par. 25.

²⁶ *Ibid.*, par. 21.

22. « Le Comité se félicite de l'incorporation dans les constitutions nationales de sections consacrées aux droits de l'enfant *qui sont l'expression des principes clefs de la Convention*, démarche qui contribue à faire ressortir le message principal de la Convention selon lequel les enfants sont, comme les adultes, détenteurs de droits fondamentaux²⁷ ».

23. Le Comité note que l'inscription des droits de l'enfant dans la constitution, comme les mesures générales de mise en œuvre, « ne garanti[ssent] pas automatiquement le respect des droits de l'enfant²⁸ ». Il reconnaît cependant que la constitutionnalisation constitue une avancée importante vers « la pleine application » des droits affirmés dans la Convention²⁹.

24. Cela étant, il importe de se demander si la protection constitutionnelle indirecte, via le droit international, constitue une réponse appropriée aux exigences de la CRC.

IV. Protection constitutionnelle indirecte des droits de l'enfant via le droit international

25. Les Etats peuvent choisir de protéger les droits de l'enfant en intégrant dans leur droit interne la Convention relative aux droits de l'enfant (« CRC ») et les dispositions concernant les enfants de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000 / 2007, ci-après : « CDF UE »).

26. On ne peut atteindre une forme de protection constitutionnelle via le droit international que si la CRC et/ou l'article 24 CDF UE (pour les Etats membres de l'UE) jouissent d'un statut « constitutionnel » et d'un effet « constitutionnel » dans l'ordre juridique interne.

A. Intégration de la CRC dans l'ordre juridique interne

27. L'effet juridique de la CRC dans un ordre juridique national comporte quatre aspects distincts : 1) la méthode d'intégration dans l'ordre juridique interne, par exemple un effet automatique dès la ratification (« approche moniste ») ou l'adoption d'un traité spécifique de mise en œuvre (« approche dualiste ») ; 2) le rang normatif accordé à la CRC ; 3) l'éventuel effet direct accordé à des dispositions spécifiques de la CRC ; 4) les réserves.

28. Bien que les Etats parties s'engagent « à respecter les droits qui sont énoncés dans la [...] Convention » (art. 2.1 CRC), la Convention n'indique pas comment ils doivent le faire. Le texte ne donne pas non plus de précision sur son rang au sein de l'ordre normatif des Etats parties (statut constitutionnel, loi ordinaire ou équivalent) ; une telle précision serait en fait inhabituelle pour un traité de droit international.

29. Le statut d'une convention en droit interne et l'effet du droit international sur le système juridique national varient d'un pays à l'autre. Le rang normatif formel est cependant important pour trancher les conflits de normes entre la CRC et le droit interne³⁰.

30. La plupart des Etats parties n'accordent à la CRC que le statut d'une loi nationale, ou au mieux un statut intermédiaire entre loi et constitution. Plusieurs Etats parties ont formulé des réserves montrant qu'ils considèrent leurs constitutions nationales comme supérieures à la CRC. Cela signifie que l'effet normatif de la CRC peut être, en termes purement formels, moins fort que celui d'une clause constitutionnelle sur les droits de l'enfant dans une constitution nationale.

²⁷ *Ibid.*, par. 21 (c'est nous qui soulignons).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Il se peut par exemple que la législation nationale relative à la justice dans un pays donné ne prévoit pas l'audition des enfants, contrairement aux prescriptions de l'art. 12 CRC tel qu'interprété par le Comité des droits de l'enfant. Ce n'est que si la CRC jouit dans ce pays d'un rang normatif supérieur à celui des lois nationales que les dispositions contraires concernées devront s'effacer et ne pourront être appliquées par les autorités nationales.

31. En général, la ratification de la CRC ne rend donc ni superflue ni redondante l'adoption de dispositions constitutionnelles spécifiques sur les droits de l'enfant, même si ces dispositions ne font que reproduire le texte de la Convention.

1. Effet direct et/ou indirect de la CRC dans l'ordre juridique interne

a. Effet direct

32. Par effet direct, on entend un mécanisme juridique permettant à une instance nationale (notamment un tribunal) d'appliquer directement une règle internationale, ce qui peut rendre illégale une disposition contraire en droit interne. L'effet direct, lorsqu'il existe, ne concerne pas la CRC dans son ensemble mais telle ou telle de ses dispositions. A l'inverse, il est arrivé que certains Etats déclarent l'intégralité d'un traité international comme sans effet direct, le plus souvent en pointant le caractère « non contraignant », l'« imprécision » ou les caractéristiques diplomatiques / politiques de l'ensemble du traité, ou encore son manque de « densité normative ».

33. La question de savoir si une disposition d'un traité s'applique directement dans l'ordre juridique national est le plus souvent tranchée par les autorités nationales et notamment par les tribunaux, confrontés à cette question dans le cadre de la mise en œuvre de la CRC par l'Etat. L'effet direct est habituellement invoqué par des particuliers qui souhaitent bénéficier des dispositions du traité.

34. Bien qu'elle se pose lors de procédures nationales, la question de l'effet direct n'est pas purement nationale. Les tribunaux et autorités d'un pays doivent s'appuyer sur des critères reconnus concernant l'effet direct. La pratique des Etats met en évidence la convergence de certains critères.

35. En examinant les dispositions clés de la CRC, on notera avec intérêt que la question de leur effet direct n'a pas reçu la même réponse de la part des différents tribunaux nationaux.

36. L'effet direct de l'article 2 CRC (non-discrimination), par exemple, semble contesté³¹. La Cour de cassation belge s'est prononcée contre l'effet direct de l'article 2.1 dans l'ordre juridique belge, sans toutefois donner d'explication³². En revanche, le Tribunal fédéral suisse a accordé à l'article 12 (respect des opinions de l'enfant) un effet direct dans l'ordre juridique suisse³³.

37. L'effet de la disposition de l'article 3 (intérêt supérieur de l'enfant³⁴), fondamentale dans la CRC, a été défini différemment par différents tribunaux nationaux. Tandis que les institutions belges se sont récemment prononcées contre un effet direct³⁵, les tribunaux

³¹ Stefanie Schmahl mentionne l'article 2.1 parmi les dispositions de la CRC directement exécutoires. Stefanie Schmahl, *Kinderechtskonvention mit Zusatzprotokollen: Handkommentar* (Baden-Baden : Nomos 2013), Einleitung, par. 26 (p. 39). Inversement, Sharon Detrick cite comme directement exécutoires plusieurs dispositions de la CRC, mais les dispositions clés des articles 2, 3, 6 et 12 ne figurent pas dans sa liste. Sharon Detrick, *A Commentary on the Convention on the Rights of the Child* (La Haye: Nijhoff 1999) (Detrick (note *), p. *28).

³² Cour de cassation de Belgique, *DD c. HDP Caisse de compensation pour allocations familiales*, pourvoi en cassation, n° de rôle : S 060105 F/2008, ILDC 1114 (BE 2008), 26 mai 2008, par. 81 et 86.

³³ Tribunal fédéral suisse, BGE 124 III 90 (22 déc. 1997).

³⁴ Article 3 CRC : « 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 Etats 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 Etats 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 ».

³⁵ Cour de cassation de Belgique, *JH et SL c. PK*, pourvoi en cassation, n° de rôle : C 10 0685 F, ILDC 1919 (BE 2012), 2 mars 2012.

français³⁶ et bulgares³⁷ ont reconnu un effet direct dans leur ordre juridique et le Conseil d'Etat néerlandais³⁸ s'est récemment rallié à cette reconnaissance.

38. Les arguments suivants ont été avancés en faveur d'un effet direct de l'article 3 : premièrement, la disposition ne mentionne pas uniquement les organes législatifs, mais aussi les institutions de protection sociale, les tribunaux et les autorités administratives. Deuxièmement, on peut formuler un argument téléologique : pour avoir un effet pratique, la disposition doit s'adresser en premier lieu à ceux qui appliquent la loi. L'intention des Etats parties d'autoriser un effet direct peut être par conséquent présumée.

39. Il est régulièrement souligné que contrairement aux articles 2.2 et 4 CRC, l'article 3 ne prévoit pas que les Etats parties « prennent toutes les mesures appropriées pour... », mais dit simplement que l'intérêt supérieur « doit être une considération primordiale ». Cela vaut notamment pour les décisions administratives concernant les étrangers (demandes de permis de séjour, demandes d'asile, expulsions etc.). L'intérêt de l'enfant ne doit pas être l'un des éléments de la décision, mais un élément « primordial ». Cela signifie aussi que les autorités doivent accompagner de justifications détaillées toute décision allant à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant. La responsabilité de l'argumentaire incombe ici aux autorités et aux tribunaux. Dans l'ensemble, l'effet direct de l'article 3 CRC a des conséquences à la fois sur le fond et sur la procédure : il demande engagement et raisonnement détaillé et pointé, quant au fond, dans une direction spécifique³⁹.

b. Effet indirect

40. Parallèlement ou alternativement à l'« effet direct » de certaines dispositions de la CRC, un « effet indirect » est reconnu dans la pratique des Etats. Il signifie essentiellement que les autorités nationales doivent interpréter le droit interne à la lumière de la CRC (principe de l'interprétation conforme aux traités). Les conflits entre droit constitutionnel national et droit international sont ainsi maintenus au minimum. Plusieurs constitutions d'Etats membres du Conseil de l'Europe affirment que l'ordre juridique national doit être interprété conformément au droit international ; dans beaucoup d'Etats, la jurisprudence reflète également ce principe. Certains Etats prescrivent une interprétation des lois nationales allant dans le sens du droit international, mais uniquement dans les limites des principes constitutionnels.

2. Réserves

41. La CRC a été notoirement affaiblie par les réserves. Elles sont nombreuses, le plus souvent concernant les dispositions des articles 14 (liberté de religion) et 21 (adoption). De nombreuses objections ont même été soulevées – en particulier par des Etats membres du CdE – contre les très larges réserves émises par d'autres Etats (principalement non européens), au motif que ces réserves étaient irrecevables en droit international et notamment incompatibles avec le but et l'objet de la CRC.

42. Parmi les membres du Conseil de l'Europe, des réserves ont été formulées par l'Autriche, la Belgique, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Islande, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne et le Royaume-Uni. Cependant, très peu de ces réserves concernent les dispositions clés (articles 2, 3, 6 et 12 CRC) ou ont une importance structurelle.

³⁶ Cour de cassation française, *X c. Y*, pourvoi en cassation, affaire n° 1810 (2005), Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 626, ILDC 770 (FR 2005), 14 juin 2005.

³⁷ Tribunal administratif suprême bulgare, *Kerezov c. ministère de la Justice, ministère de la Santé et autres*, recours, affaire administrative n° 2829/2002, jugement n° 9904, ILDC 606 (BG 2002), 6 nov. 2002 ; Tribunal administratif suprême bulgare, *Neychev c. chef de la police de district de Burgas et chef de la direction « Aide sociale » de Burgas*, Neychev, pourvoi en cassation, jugement n° 1417, 10912/2007, ILDC 1243 (BG 2008), 7 fév. 2008.

³⁸ Division Juridiction administrative du Conseil d'Etat néerlandais, arrêt du 7 février 2012, n° 201103064/1/V2.

³⁹ Voir Observation générale n°14.

43. Dans l'ensemble, le grand nombre et la portée des réserves pourraient être considérés comme sapant les effets normatifs de la CRC. Cependant, au sein du Conseil de l'Europe, ce problème semble évoluer dans la bonne direction. Plusieurs Etats membres du CdE ayant initialement formulé des réserves les ont aujourd'hui retirées (Allemagne, Malte, Norvège, République tchèque, Royaume-Uni, Serbie, Slovaquie et Slovénie). Il s'agit d'un exemple louable, qui devrait être suivi par les autres Etats membres.

3. Suivi international de la CRC

44. La CRC est dotée de la plus faible catégorie de mécanisme de suivi en droit international (des droits de l'homme) : la remise régulière de rapports par les Etats (art. 44 CRC). Le projet initial d'établir des mécanismes plus forts s'est heurté à une vive résistance.

45. Un Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications a été adopté récemment. Il réunit quarante-cinq signataires et dix ratifications et entrera en vigueur le 14 avril 2014. Le Protocole facultatif prévoit des communications individuelles, des communications interétatiques et une procédure d'enquête en cas de violations graves ou persistantes. Son entrée en vigueur devrait représenter une amélioration notable de la mise en œuvre de la CRC dans les Etats qui l'ont ratifié.

46. Notre brève analyse offre un tableau mitigé de la traduction des dispositions de la CRC dans les ordres juridiques nationaux. La doctrine n'est pas uniforme, en particulier concernant l'effet direct de la Convention, tandis que le processus de mise en œuvre par les tribunaux révèle une situation en évolution.

B. Charte des droits fondamentaux et protection des droits de l'enfant

47. La Charte des droits fondamentaux de l'UE (ci-après : « CDF UE ») comprend une disposition spécifique sur les droits de l'enfant (article 24). Cet article appuie notamment deux des principes fondamentaux de la CRC, à savoir le droit à être entendu et le principe de l'intérêt supérieur (articles 3 et 12 CRC). La question de savoir si l'article 24 énonce des droits fondamentaux individuels ou de simples « principes » de droits de l'enfant, pouvant être pris en compte par les tribunaux (notamment la CJE) mais non invoqués par des individus, est toujours débattue.

48. Le rang normatif de la CDF UE est importante au regard de la protection constitutionnelle des droits de l'enfant. La Charte a « la même valeur juridique » que les traités de l'UE (art. 6.1 TUE). Elle fait donc partie du droit primaire de l'UE, ce qui signifie qu'elle l'emporte sur le droit interne des Etats membres de l'UE. Aux yeux de la CJUE, cette prééminence s'étend même au droit constitutionnel interne. Cependant, certaines juridictions d'Etats membres de l'UE tendent à refuser l'application du droit de l'UE lorsqu'elle risque de porter atteinte à l'« identité constitutionnelle » de cet Etat.

49. L'article 24 CDF UE s'adresse avant tout aux institutions de l'UE, mais aussi aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (art. 51 CDF). Un éventuel effet contraignant pour les acteurs privés dans le domaine de la protection des droits de l'enfant renforcerait l'impact de ces dispositions. Précisons, pour être complets, que l'adhésion de l'UE à la CEDH ne modifiera pas l'effet juridique de la CDF UE pour les Etats membres.

C. Convention européenne des droits de l'homme

50. Bien que plusieurs garanties de la CEDH soient similaires aux droits qu'on peut trouver dans la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC), la CEDH ne mentionne pas explicitement les droits de l'enfant. Cependant, quelques dispositions de la CEDH portent sur les enfants en général ou sur des situations auxquelles ils peuvent être confrontés, comme l'article 6.1, l'article 5.1 d), l'article 5 du Protocole n° 7 ou l'article 2 du Protocole

n° 1. D'autres garanties ont été explicitement appliquées à des enfants dans des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : « la Cour »). Cela vaut en particulier pour les articles 3, 6 et 8. Il est donc évident que les enfants détiennent des droits en vertu de la CEDH.

51. L'impact de la CEDH sur l'évolution des droits de l'enfant en Europe s'est accru au cours des dix dernières années. Cela s'explique en partie par le fait que la CEDH est l'instrument international de droits de l'homme doté du mécanisme de mise en œuvre le plus efficace – une Cour acceptant les requêtes individuelles et rendant des décisions juridiquement contraignantes⁴⁰. Dans son interprétation des droits affirmés dans la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme tient de plus en plus compte des autres instruments internationaux et européens concernant le droit en jeu. La CRC entre donc dans le raisonnement de la Cour⁴¹.

52. La CEDH se caractérise en outre par sa nature évolutive. La Cour a souligné à maintes reprises que la CEDH était un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles⁴². Compte tenu des importants changements traversés par les structures sociales et familiales au cours des dernières décennies, ce caractère évolutif est d'une importance particulière pour les questions liées à l'enfance.

53. L'article détermine le champ personnel d'application de la CEDH : les Etats membres reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention. L'article 14 renforce l'article 1 en interdisant la discrimination, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. La Cour considère que les discriminations fondées sur l'âge d'une personne entrent dans le champ de l'article 14. Les garanties énoncées dans la CEDH s'appliquent aussi bien aux enfants qu'aux adultes. Dans la jurisprudence de la Convention, la notion d'enfant ou de mineur désigne les personnes âgées de moins de dix-huit ans⁴³.

54. L'embryon / fœtus jouit-il du droit à la vie garanti par l'article 2 ? Cette question, à laquelle la Cour n'a pas répondu⁴⁴, est certainement l'une des plus débattue parmi les Etats membres. Parmi les autres questions sans réponse figurent la fin de l'enfance et le caractère applicable de l'article 5.1 d) (détention des mineurs), de la deuxième phrase de l'article 6.1 (interdiction de la salle d'audience à la presse et au public lorsque les intérêts des mineurs l'exigent) ou de l'article 12 (droit au mariage). Contrairement à la CRC, la CEDH ne mentionne pas de limite d'âge marquant la fin de l'enfance. Les Etats membres jouissent d'une large marge d'appréciation sur ce sujet⁴⁵.

55. Pour pouvoir déposer une requête devant la Cour, une personne doit être victime de violations de ses droits en vertu de la CEDH. Aucune disposition de la Convention ne limite l'accès des enfants à la Cour. Un enfant peut déposer une requête sans le consentement de ses parents. Néanmoins, la plupart des requêtes concernant les droits de l'enfant sont déposés par des parents ou d'autres représentants légaux au nom de l'enfant⁴⁶.

⁴⁰ Voir U. Kilkelly, « Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in light of the Convention on the Rights of the Child », 23(2) *Human Rights Quarterly* (2001), 308-326.

⁴¹ L'exemple le plus récent est *Söderman c. Suède*, arrêt de Grande Chambre, 12 nov. 2013.

⁴² Par ex. dans *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, 25 avril 1978, §30 et suiv.

⁴³ *Koniarska c. Royaume-Uni*, n° 33670/96, 12 octobre 2000.

⁴⁴ La question est expressément laissée sans réponse dans *Vo c. France*, n° 53924/00, 8 juillet 2004 (GC), §79 et suiv. ; Peukert, « Human Rights in International Law and the Protection of Unborn Beings », in : Matscher/Petzold (éd.), *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 1988, 511 (515 et suiv.).

⁴⁵ Kilkelly, *The Child and the European Convention on Human Rights* (1999) 21 et suiv.

⁴⁶ *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13 juin 1979, §1.

56. La Convention européenne des droits de l'homme a été interprétée par la Cour comme s'appliquant aux enfants, bien qu'elle comprenne peu de références spécifiques aux droits de l'enfant⁴⁷. L'absence de disposition consacrée aux droits de l'enfant empêche d'interpréter la CEDH comme prônant la défense des droits de l'enfant, bien que la mention de la CRC dans sa jurisprudence ait accru son potentiel dans ce domaine⁴⁸.

57. Plusieurs garanties de la CEDH englobent cependant les droits de l'enfant. Par exemple, bien que le droit à la liberté (article 5 CEDH), contrairement aux autres dispositions de droits de l'homme, ne prévoit pas de règle spéciale sur le traitement des mineurs privés de liberté⁴⁹, la Cour a élaboré une jurisprudence sur le besoin accru de protection des enfants concernant spécifiquement les conditions d'emprisonnement⁵⁰.

58. Contrairement à la CRC⁵¹, la CEDH n'affirme pas non plus explicitement que les Etats membres doivent protéger les enfants de toute forme de violence dans toutes les situations. Toutefois, un Etat membre qui ne protège pas un enfant contre des actes de violence ou de maltraitance peut enfreindre les garanties prévues aux articles 3 et 8 CEDH⁵².

59. L'article 3 interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il ne prévoit ni exceptions ni dérogations, si bien que toute entorse à l'article 3 constitue une violation de ce droit fondamental. Il y a violation de l'article 3 CEDH si l'atteinte à l'intégrité physique et morale de l'enfant atteint un minimum de gravité et ne respecte pas son humanité⁵³. Elle doit dans tous les cas excéder la part d'humiliation inhérente à toute sanction ; l'existence ou non de la violation dépend de toutes les circonstances de l'affaire : nature et contexte de la sanction, âge et état de santé de la victime etc.⁵⁴. Les traitements qui n'atteignent pas un minimum de gravité peuvent ne pas constituer une violation de l'article 3 mais entrer dans le champ de l'article 8⁵⁵.

60. Des obligations positives peuvent être dérivées de l'article 3 CEDH⁵⁶. Les Etats membres sont tenus de prendre des mesures propres à empêcher que les personnes relevant de leur juridiction ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁵⁷. Cette obligation vaut indépendamment du fait que le risque réel et immédiat contre l'intégrité physique ou morale d'une personne vienne de l'Etat ou d'un tiers.

61. La Cour estime non seulement que l'article 3 CEDH impose aux Etats membres de prendre des mesures propres à empêcher que les personnes relevant de leur juridiction ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants

⁴⁷ Voir U. Kilkelly, *The Child and the ECHR* (Dartmouth : Ashgate, 1999) et G. Van Bueren, *Les droits des enfants en Europe* (Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2008).

⁴⁸ Voir U. Kilkelly, « Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in light of the Convention on the Rights of the Child », 23(2) *Human Rights Quarterly* (2001) 308-326.

⁴⁹ Voir articles 10.2 b), et 14.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; articles 37 et 40 de la CRC.

⁵⁰ Voir *Assenov c. Bulgarie*, n° 24760/94, 28 octobre 1998, §137 ; *Bouamar c. Belgique*, n° 9106/80, 29 février 1988 ; *Hussain c. Royaume-Uni*, n° 21928/93, 21 février 1996, §52 – 54 ; ECtHR, *Weeks c. Royaume-Uni*, n° 9787/82, 2 mars 1987 ; *Singh c. Royaume-Uni*, n° 23389/94, 21 février 1996.

⁵¹ Voir l'article 19 CRC.

⁵² *O'Keeffe c. Irlande*, n° 35810/09, 28 janvier 2014, §§144 et suiv.

⁵³ *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71, 18 janvier 1978, §162 ; *Klaas c. Allemagne*, n° 15473/89, 22 septembre 1993, §§23 et suiv. (allégation de mauvais traitements contre une personne arrêtée en présence de sa fille mineure) ; *Tomasi c. France*, n° 12850/87, 27 août 1992, §114 (nombre et intensité des coups) ; *Hurtado c. Suisse*, n° 17549/90, 28 janvier 1994, §12 (refus d'accès à l'hygiène et aux soins médicaux malgré des blessures) ; *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, 25 avril 1978 ; *Costello Roberts c. Royaume-Uni*, n° 13134/87, 25 mars 1993, §31.

⁵⁴ *A. c. Royaume-Uni*, n° 25599/94, 23 septembre 1998, §20 ; *Ciğerhun Öner c. Turquie (n° 2)*, n° 2858/07, 23 novembre 2009, §§89 et suiv.

⁵⁵ *Juhnke c. Turquie*, n° 52515/99, 13 mai 2000, §69 et suiv.

⁵⁶ U. Kilkelly, « Protecting Children's Rights under the ECHR: the Role of Positive Obligations », 61(3) *Northern Ireland Legal Quarterly* (2010), 245-261.

⁵⁷ *A. c. Royaume-Uni*, n° 25599/94, 23 septembre 1998, §22 ; *D. P. & J. C. c. Royaume-Uni*, n° 38719/97, 10 octobre 2002, §109.

administrés par des particuliers, mais aussi que les enfants et les autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, contre des formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne⁵⁸. Elle a déjà conclu à une violation de l'article 3 parce que la législation nationale n'assurait pas aux enfants une protection suffisante contre les mauvais traitements. Il est avéré que même le risque d'atteinte à l'intégrité physique ou morale d'un individu au sein de sa famille peut imposer des obligations positives aux Etats membres.

62. L'article 8 CEDH est particulièrement pertinent pour les droits de l'enfant. La jurisprudence le concernant embrasse de nombreuses situations touchant aux enfants : la vie familiale en général, l'adoption, l'enlèvement d'enfant, les décisions sur la garde, le droit de visite ou les questions d'identité. L'article 8 CEDH nomme quatre domaines à protéger : la vie privée, la vie familiale, le domicile et la correspondance. Généralement, les enfants ont droit à cette protection au même titre que les adultes. Beaucoup de cas entrant dans le champ de l'article 8 CEDH touchent non seulement aux droits de l'enfant, mais aussi à ceux d'autres membres de la famille ; il faut alors trouver un juste équilibre entre leurs situations respectives. Les enfants requièrent souvent un plus fort degré de protection en vertu de l'article 8 que les adultes.

63. La vie privée au sens de l'article 8 englobe l'intégrité physique et morale d'une personne, son intimité et son aptitude à définir soi-même son identité. D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une intervention médicale pratiquée contre la volonté de la personne concernée ou sans son consentement exprès, libre et éclairé constitue une ingérence dans sa vie privée⁵⁹. Il peut s'agir par exemple d'un test obligatoire de dépistage de la tuberculose chez les enfants⁶⁰ ou de l'administration de diamorphine à un enfant gravement malade et handicapé alors que sa mère s'était fermement opposée à ce traitement⁶¹. Dans ce contexte, il faut également signaler que les questions relatives à la procréation médicalement assistée peuvent aussi être considérées comme entrant dans le champ de l'article 8 CEDH⁶².

64. Le droit au respect de la vie familiale est garanti non seulement aux parents mais aussi aux autres membres de la famille, notamment les enfants. Le champ du droit à la vie familiale a été rapidement étendu par la jurisprudence liée à la Convention, pour passer des relations fondées sur le mariage avec ou sans enfants mineurs à d'autres liens « familiaux » de fait⁶³. La cohabitation n'est donc pas un critère obligatoire pour que l'article 8 s'applique dans le domaine de la « vie familiale » et que soit avérée l'existence d'un lien familial entre des parents et leur enfant. Le fait que l'enfant soit confié à l'assistance publique ne rompt pas le lien familial naturel⁶⁴, ce qui est en revanche le cas pour l'adoption⁶⁵.

65. Toutes les mesures qui empêchent un parent et un enfant d'être ensemble constituent une ingérence dans le droit à la vie familiale tel que protégé par l'article 8 CEDH⁶⁶. Les Etats membres jouissent d'une large marge d'appréciation pour les décisions concernant le droit de garde et de visite, la Cour européenne des droits de l'homme considérant que les

⁵⁸ *A c. Royaume-Uni*, n° 25599/94, 23 septembre 1998, §22.

⁵⁹ Situation de contrainte présumée du fait de l'état psychologique particulièrement vulnérable d'une détenue, *Juhnke c. Turquie*, n° 52515/99, 13 mai 2008, §76 et suiv. ; *Bogumil c. Portugal*, n° 35228/03, 7 octobre 2008, §73.

⁶⁰ *Acmagne*, 10 décembre 1984, DR 40, 251.

⁶¹ *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, 3 mars 2004, §70 et suiv.

⁶² Voir *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, 10 avril 2007, §71 ; *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00, 1^{er} avril 2010, §60 ; *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, 4 décembre 2007, §66 ; Gallus, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *RTDH* 2008, 879 (887 et suiv.).

⁶³ *M.B. c. Royaume-Uni*, n° 22920/93, 6 avril 1994 ; *C. c. Royaume-Uni*, n° 14247/88, 3 juillet 1992.

⁶⁴ *W. c. Royaume-Uni*, n° 9749/82, 8 juillet 1987, §59 ; *Olsson c. Suède (n° 1)*, n° 10465/83, 24 mars 1988, §59 ; *Eriksson c. Suède*, n° 11373/85, 22 juin 1989, §58 ; *Scozzari et Giunta c. Italie (GC)*, n° 39221/98, 13 juillet 2000, §169.

⁶⁵ *X.*, n° 7626/76, 11 juillet 1977, DR 11, 160 (162) ; voir aussi *Söderbäck v SWE*, n° 24484/94, 28 octobre 1998, §31 ; *Johansen c. Norvège*, n° 17383/90, 7 août 1996, §78.

⁶⁶ *Johansen c. Norvège*, n° 17383/90, 7 août 1996, §52 ; ECtHR, 9/6/1998, *Bronda c. Italie*, n° 22430/93, 9 juin 1998, §51 ; *Eisholz c. Allemagne*, n° 25735/94, 13 juillet 2000, §43.

autorités nationales bénéficient de rapports directs avec tous les intéressés⁶⁷. Il appartient aux autorités nationales de trouver un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et ceux de ses parents⁶⁸. Il faut attacher une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁹, qui peut l'emporter sur celui des parents. Notamment, l'article 8 n'autorise pas un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant⁷⁰. Concernant l'adoption, la Cour estime que les décisions de l'autorité nationale doivent toujours se fonder sur l'intérêt supérieur de l'enfant et que, pour citer un gouvernement défendeur, l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille⁷¹ ». L'avis de l'enfant concernant son adoption devrait également être pris en compte, dès lors qu'il a atteint la maturité nécessaire pour s'exprimer sur ce point⁷².

66. La Cour a dérivé de l'article 8 plusieurs obligations positives. Il est par exemple important de légiférer en matière pénale pour protéger les enfants et les personnes incapables de donner leur consentement contre les agressions sexuelles⁷³. La Cour juge également, en particulier, que l'article 8 combiné à l'article 14 entraîne l'obligation positive d'éviter une discrimination entre enfants nés de parents mariés et non mariés et de reconnaître juridiquement la vie familiale lorsque des liens appropriés existent⁷⁴.

67. L'interdiction de discrimination inscrite dans l'article 14 de la CEDH, qui garantit l'égalité de traitement dans la jouissance des droits reconnus dans la Convention, suppose d'agir pour rendre réelle l'égalité des chances. En outre, le Protocole n° 12 à la CEDH (2000), ratifié par dix-huit Etats, élargit le champ de l'interdiction de discrimination en garantissant l'égalité de traitement dans la jouissance de tous les droits (y compris ceux prévus par la législation nationale). Ce Protocole obéit, d'après son Rapport explicatif, à la volonté de renforcer la protection contre la discrimination, élément essentiel de la protection des droits de l'homme.

68. La Cour considère que l'expression « toute autre situation », utilisée dans l'article 14, englobe l'âge⁷⁵. Dans sa jurisprudence, cela se traduit simplement par l'interdiction des différences de traitement ou de jouissance des droits fondées sur l'âge de l'intéressé. Bien que le motif de l'âge ne relève pas en soi d'un droit particulier garanti par la CEDH (contrairement à la religion ou à l'orientation sexuelle), des questions de discrimination fondée sur l'âge peuvent se poser dans le contexte de divers droits. Ainsi, dans d'autres domaines, la Cour a tranché des affaires dont les faits indiquaient une discrimination fondée sur l'âge sans analyser ces affaires sous cet angle – en particulier en lien avec le traitement appliqué aux enfants par le système de justice pénale.

69. En soixante ans, la CEDH est devenue un instrument de droit international des droits de l'homme s'appliquant à de nombreux domaines juridiques différents et couvrant tous les secteurs de la société. L'élargissement progressif de la Convention aux enfants et à leurs

⁶⁷ *Elsholz c. Allemagne*, n° 25735/94, 13 juillet 2000, §49 ; *Sommerfeld c. Allemagne* (GC), n° 31871/96, 8 juillet 2003, §62.

⁶⁸ *Olsson c. Suède (n° 2)*, n° 13441/87, 27 novembre 1992, §90 ; *Johansen c. Norvège*, n° 17383/90, 7 août 1996, §78 ; *Elsholz c. Allemagne*, n° 25735/94, 13 juillet 2000, §50 ; *Gluhakovic c. Croatie*, n° 21188/09, 12 avril 2011, §§56 et suiv.

⁶⁹ *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, n° 12963/87, 25 février 1992, §95 ; *Johansen c. Norvège*, n° 17383/90, 7 août 1996, §78 ; *Elsholz c. Allemagne*, n° 25735/94, 13 juillet 2000, §48 ; *Sommerfeld c. Allemagne* (GC), n° 31871/96, 8 juillet 2003, §64.

⁷⁰ *Johansen c. Norvège*, n° 17383/90, 7 août 1996, §78 ; *Elsholz c. Allemagne*, n° 25735/94, 13 juillet 2000, §49 ; *Scozzari et Giunta c. Italie* (GC), n° 39221/98, 13 juillet 2000, §169 ; *Sommerfeld c. Allemagne* (GC), n° 31871/96, 8 juillet 2003, §64.

⁷¹ *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, §42.

⁷² *Pini et autres c. Roumanie*, n° 78028/01, 22 juin 2004, §§164 et suiv. ; *Jucius et Juciuciené c. Lituanie*, n° 14414/03, 25 novembre 2008, §31. Voir aussi Berro-Lefèvre, « Adoption et filiation. Droit à l'enfant ou droits de l'enfant ? », *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, 2011, p. 25 et suiv.

⁷³ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7572/76, 22 octobre 1981, §49 ; *X. et Y. c. Pays-Bas*, n° 8978/80, 26 mars 1985, §27 et suiv.

⁷⁴ Voir *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, 13 juin 1979, §45 ; *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, 18 décembre 1986, §74 ; *Sommerfeld c. Allemagne* (GC), n° 31871/96, 8 juillet 2003, §86 ; *Turnali c. Turquie*, n° 4914/03, 7 avril 2009, §46.

⁷⁵ *Schwizgebel c. Suisse* (n° 25762/07), 10 juin 2010.

droits fondamentaux spécifiques n'était qu'une question de temps. Outre les quelques droits qui mentionnent explicitement la situation des enfants, presque tous les droits inscrits dans la Convention ont un impact sur les enfants. Il faut s'attendre à ce que la Cour continue d'élaborer une « jurisprudence des droits de l'enfant » en l'absence de base juridique spécifiquement centrée sur les enfants.

D. Caractère contraignant de la CRC et de l'article 24 CDF UE pour les acteurs privés

70. L'effet contraignant pour les acteurs privés est de la plus haute importance au regard des droits de l'enfant. Les risques pesant sur les enfants viennent le plus souvent d'acteurs privés, allant des parents aux établissements privés.

71. En général, les constitutions nationales ne s'adressent pas à des particuliers mais instaurent des règles qui s'imposent à l'Etat et à ses institutions. Il est assez rare et souvent controversé que le droit constitutionnel, ou certaines dispositions constitutionnelles, aient un effet direct sur les tiers. Par conséquent, la CRC et notamment l'article 24 CDF UE marqueraient un progrès dans la protection juridique des droits de l'enfant – si ces normes internationales s'adressaient directement aux acteurs privés. En d'autres termes, un « effet direct sur les tiers » des dispositions de la CRC aurait de très fortes répercussions pratiques.

1. Caractère contraignant de la CRC pour les acteurs privés

72. Généralement parlant, la CRC, en tant que traité international de droits de l'homme, ne crée pas directement des obligations pour les particuliers. Elle impose des obligations à ses Etats parties ; notamment, celle de protéger les personnes (enfants) relevant de leur juridiction contre les atteintes émanant de particuliers et d'établissements. Les Etats sont donc tenus d'agir, et non de simplement s'abstenir. En outre, certaines dispositions de la CRC (articles 5 et 8) mentionnent expressément le « devoir » et la « responsabilité » des parents envers leurs enfants. Cependant, il n'est pas clair que ces devoirs découlent directement de la Convention elle-même.

73. De même, la disposition consacrée à l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 CRC) mentionne les acteurs privés : « 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 ». Les analystes considèrent fréquemment que cette disposition, de par son libellé, entraîne une obligation directe (uniquement) pour les établissements privés de protection sociale mais non pour l'ensemble des acteurs privés, et notamment pas pour les parents et tuteurs.

74. Le débat sur le thème des entreprises et des droits de l'homme a conduit l'ONU à adopter des principes directeurs, dits « principes Ruggie », qui s'appliquent aux « sociétés transnationales et autres entreprises commerciales ». Certains établissements privés s'occupant d'enfants (écoles privées, foyers d'accueil etc.) pourraient entrer dans cette catégorie. Les Principes directeurs de l'ONU (2011) établissent trois piliers : 1) l'obligation de protection qui incombe au gouvernement ; 2) la responsabilité des entreprises (principes 11 à 24) ; 3) les recours. Ces Principes ne peuvent créer de nouvelles obligations en droit international ; ils ne sont qu'incitatifs. Dans les limites de leur champ d'application, ils prévoient que les acteurs privés ont une part de « responsabilité » (moins forte qu'une obligation légale) dans le respect et la mise en œuvre de la CRC.

75. Le Comité des droits de l'enfant a récemment publié son Observation générale n° 16 (2013), sur les obligations des Etats concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant. Reconnaisant que les Etats ont des obligations concernant les répercussions des activités et des opérations des entreprises sur les droits énoncés dans la CRC et dans ses protocoles facultatifs, l'Observation générale fournit aux Etats un cadre pour la mise en œuvre de la CRC dans son ensemble concernant le secteur des entreprises

tout en insistant sur certains contextes dans lesquels les répercussions des activités des entreprises sur les droits de l'enfant peuvent être particulièrement importantes.

76. Le Comité des droits de l'enfant constate que les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant ont augmenté ces dernières décennies en raison de facteurs comme la mondialisation des économies et des activités commerciales, la tendance actuelle à la décentralisation et l'externalisation et la privatisation de certaines fonctions de l'Etat qui ont des incidences sur la jouissance des droits de l'homme⁷⁶. Les Etats doivent donc veiller à ce que les lois, les politiques et les programmes qui portent sur les questions relatives aux entreprises ne soient pas volontairement ou involontairement discriminatoires à l'égard des enfants, dans leur contenu ou dans leur mise en œuvre ; il peut s'agir par exemple de textes concernant l'accès à l'emploi pour les parents ou les personnes ayant la charge d'un enfant ou l'accès aux biens et aux services pour les enfants handicapés.

77. Les Etats sont tenus de prévenir la discrimination dans la sphère privée de manière générale et de fournir des moyens de recours dans les cas où elle se produit⁷⁷.

78. S'agissant de la discrimination, comme souligné par le Comité des droits de l'enfant dans une Observation générale antérieure, le droit à la non-discrimination va au-delà de l'obligation passive d'interdire toutes les formes de discrimination dans l'exercice des droits énoncés dans la Convention et requiert aussi, de la part des Etats, l'adoption de mesures proactives propres à garantir effectivement à tous les enfants des chances égales d'exercer les droits énoncés dans la Convention. Il peut être nécessaire à cette fin d'appliquer des mesures positives visant à remédier à une situation de réelle inégalité. Les préoccupations concernant l'inégalité sont particulièrement d'actualité, à l'heure où les réductions de dépenses sociales décidées par les gouvernements se répercutent directement sur les enfants et leurs familles. En empêchant les enfants d'accéder aux ressources nécessaires, ces réductions ont limité leur accès aux services (santé, éducation et bien-être, par exemple), dont elles ont aussi diminué la qualité, et réduit leurs chances de participer pleinement à la vie sociale et familiale. Dans de nombreux pays, la pauvreté s'est davantage aggravée chez les enfants que parmi la population générale.

2. Caractère contraignant de l'article 24 CDF UE pour les acteurs privés

79. Dans son ensemble, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'adresse normalement aux institutions publiques (notamment celles de l'UE et les institutions concernées des Etats membres) mais non aux acteurs privés. Cependant, il a été avancé que son article 24 s'imposait aux acteurs privés et créait des obligations qui leur étaient directement applicables. Ce débat a été déclenché par le libellé de la disposition, qui cite spécifiquement les « institutions privées » et affirme un « droit d'entretenir [...] des contacts directs avec ses deux parents ». L'opinion dominante parmi les spécialistes semble être que l'article 24 n'oblige pas directement les acteurs privés mais n'a qu'un effet indirect sur les tiers, imposant aux institutions d'adopter des lois et des mesures qui, à terme, mettront les acteurs privés en conformité avec l'article 24.

E. Conclusions concernant le droit international

80. Pour conclure, le fait que les Etats du Conseil de l'Europe également membres de l'UE soient liés par l'article 24 CDF UE (éventuellement en plus de la CRC et de la CEDH) ne rend pas superflue l'adoption de clauses constitutionnelles spécifiquement consacrées aux droits de l'enfant.

⁷⁶ Observation générale n° 16 (2013) sur les obligations des Etats concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant.

⁷⁷ Observation générale n° 16 (2013) sur les obligations des Etats concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant.

81. L'analyse ci-dessus a brièvement montré dans quelle mesure les Etats membres du Conseil de l'Europe avaient l'obligation positive, en vertu du droit international et européen, de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits garantis aux enfants par le droit international. Or, les enfants dépendent pour la réalisation de leurs droits des systèmes de gouvernance, sur lesquels ils ont peu d'influence ; une analyse de la protection des droits de l'enfant en vertu des constitutions nationales complètera donc notre aperçu.

V. Protection constitutionnelle des droits de l'enfant en Europe

A. Constitutions ne mentionnant pas les droits de l'enfant

82. Seuls trois Etats membres du Conseil de l'Europe ne possèdent actuellement aucune clause constitutionnelle consacrée aux enfants : la France, la Norvège et le Royaume-Uni.

83. Dans les trois cas cependant, d'importants éléments viennent nuancer ce constat initial. En France, en vertu de l'article 55 de la Constitution, les traités internationaux ont une autorité supérieure à celle des lois, ce qui concerne la CRC (concernant ses dispositions directement exécutoires). La Cour de cassation a jugé qu'au moins certaines des dispositions de la CRC pouvaient s'appliquer directement⁷⁸. Bien que la Constitution norvégienne ne mentionne pas les enfants, des discussions en cours depuis quelque temps envisagent une réforme aboutissant à l'adoption d'une clause consacrée aux droits de l'enfant. L'ajout à la Constitution norvégienne d'une liste plus générale de droits de l'homme pourrait en offrir l'occasion. En outre, la CRC fait partie de l'ordre juridique interne et l'emporte sur les lois nationales qui la contredisent⁷⁹. Le Royaume-Uni n'a pas de constitution écrite ; cependant, la loi de 1998 sur les droits de l'homme intègre la Convention européenne des droits de l'homme au droit interne, et il est très fréquent que les tribunaux nationaux appliquent les droits de l'enfant en interprétant le droit national à la lumière de l'article 8 CEDH ou en le déclarant incompatible avec l'article 8⁸⁰.

B. Constitutions comportant des clauses liées aux enfants ou à leurs droits

1. Etendue de la protection

84. Dans quarante-trois Etats membres du Conseil de l'Europe, la constitution contient des dispositions qui concernent d'une manière ou d'une autre les enfants ou leurs droits.

85. La disposition la plus répandue est le droit à l'éducation, mentionné dans ces quarante-trois constitutions.

86. Dans sept pays (Bosnie-Herzégovine, Chypre, Danemark, Liechtenstein, Luxembourg, Monaco et Pays-Bas), la disposition sur l'éducation est la seule disposition constitutionnelle spécifique aux enfants. En ce sens, les dispositions sur l'éducation pourraient être considérées comme le seuil minimal de prise en compte des enfants dans la constitution.

⁷⁸ Affaire *Lejeune*, Assemblée nationale, rapport n° 87 : « Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité », 6 mai 1998, *Journal officiel* 22 ; voir Tobin, « Increasingly seen and heard: the constitutional recognition of children's rights », *South African Journal on Human Rights*, vol. 21, 2005, pp. 96-97, et Innocenti Research Centre, *Law Reform and Implementation of the Convention on the Rights of the Child* (UNICEF : 2007), p. 7.

⁷⁹ Voir L. Lundy, U. Kilkelly, B. Byrne, & J. Kang, *The UN Convention on the Rights of the Child: a study of legal implementation in 12 countries* (UNICEF : 2012), pp. 58-59.

⁸⁰ Parmi beaucoup d'autres exemples, voir *Re T (Paternity: Ordering Blood Tests)* [2001] 2 FLR 1190 ; *Mabon v Mabon* [2005] EWCA Civ 634 ; *Re P and others* [2008] UKHL 38 et *ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 4. Voir aussi J. Fortin, « Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era », *Modern Law Review*, vol. 69, 2006, pp.299-326.

87. L'existence d'un droit constitutionnel à l'éducation offre un fort potentiel de promotion des droits indivisibles de l'enfant, et notamment de leur droit au développement, puisque l'éducation est un préalable à la jouissance d'autres droits⁸¹ – dont évidemment le droit au développement, souligné à plusieurs reprises dans la CRC et reconnu par le Comité comme un principe général⁸², mais aussi de droits spécifiques comme le droit à la santé. En outre, une interprétation large des dispositions sur l'éducation peut leur donner une portée étendue, allant au-delà de l'enseignement dispensé dans les écoles. C'est notamment le cas pour les enfants gravement handicapés (qui, en Irlande par exemple, ont largement bénéficié des résultats d'actions en justice fondées sur les dispositions constitutionnelles relatives à l'éducation⁸³), mais ces clauses peuvent aussi avoir un impact dans d'autres domaines, comme celui des soins de santé.

88. Cela étant, ces dispositions sur l'éducation n'affirment pas toujours des droits spécifiques aux enfants ni même des droits en soi. Quelques constitutions (Allemagne, Croatie, Irlande, Italie, Liechtenstein, Luxembourg et Pays-Bas) renferment des dispositions sur l'éducation uniquement centrées sur les droits et les devoirs des parents et de l'Etat, sans mention du droit individuel de l'enfant à bénéficier d'une éducation.

89. Outre une disposition sur le droit à l'éducation, l'Azerbaïdjan⁸⁴ et la Lettonie⁸⁵ ont aussi des dispositions qui évoquent les droits de l'enfant en général, sans énumérer expressément d'autres droits spécifiques.

90. D'autres Etats comme la Moldova⁸⁶ et la Roumanie⁸⁷ commencent par affirmer que les enfants doivent bénéficier d'une assistance particulière pour exercer leurs droits puis précisent de quels droits spécifiques les enfants jouissent et de quels devoirs l'Etat doit s'acquitter à cette fin.

91. Après l'éducation, le thème le plus répandu des dispositions spécifiques aux enfants est celui de l'égalité de statut des enfants indépendamment de celui de leurs parents, qu'on trouve dans dix-huit constitutions, suivi de près par la protection des enfants contre l'exploitation économique. Cette dernière clause est présente dans les constitutions de dix-sept Etats membres⁸⁸. Fréquemment (dans dix constitutions), elle s'accompagne d'une disposition affirmant que tous les enfants sont égaux devant la loi. L'article 3 de la loi constitutionnelle autrichienne sur les droits de l'enfant prévoit l'interdiction générale du travail des enfants.

92. Neuf constitutions⁸⁹ renferment ces deux dispositions (égalité de statut et protection contre l'exploitation économique).

93. Le troisième droit spécifique aux enfants directement inscrit dans les constitutions est le droit à la protection contre les atteintes. Tandis que certaines constitutions définissent les enfants comme un groupe vulnérable appelant une protection particulière, d'autres affirment leur droit à la protection contre les atteintes et détaillent les obligations à remplir par l'Etat pour protéger les enfants contre la violence et les maltraitements ainsi que contre l'exploitation. Par exemple, l'article 54.3 de la Constitution albanaise prévoit que « chaque

⁸¹ Voir C. O'Mahony, « Constitutionalism and Legislation in Special Educational Needs Law: An Anglo-Irish Comparison », *Public Law*, 2008, pp. 126-128.

⁸² Voir le préambule et les articles 6, 18, 23, 27, 28, 29 et 32.

⁸³ Voir C. O'Mahony, *Educational Rights in Irish Law* (Thomson Round Hall : 2006), chapitres 6 et 7.

⁸⁴ Article 17(vi).

⁸⁵ Article 110.

⁸⁶ Article 50.2.

⁸⁷ Article 49.1.

⁸⁸ Albanie – art. 54.3 ; Arménie – art. 32 ; Azerbaïdjan – art. 17.IV et V ; Croatie – art. 64.2 ; Hongrie – art. XVIII ; Macédoine – art. 42 ; Malte – art. 16 ; Moldova – art. 50.4 ; Monténégro – art. 74 ; Pologne – art. 65.3 et 72.1 ; Portugal – art. 70.1 ; République slovaque – art. 38.2 ; Roumanie – art. 49.3 et 4 ; Serbie – art. 64 ; Slovénie – art. 56.2 ; Ukraine – art. 52.

⁸⁹ Albanie, Moldova, Monténégro, Portugal, République slovaque, Roumanie, Serbie, Slovénie, Ukraine.

enfant a le droit d'être protégé de la violence, des mauvais traitements, de l'exploitation et du travail, en particulier en dessous de l'âge légal requis pour travailler, qui pourrait porter atteinte à sa santé et à sa moralité ou mettre en péril sa vie ou son développement normal ». On trouve le même type d'approche en Hongrie, pays qui associe des dispositions sur les trois premiers thèmes⁹⁰ à une affirmation plus large selon laquelle « chaque enfant a droit à la protection et aux soins requis par son propre développement physique, intellectuel et moral⁹¹ ». Le libellé des dispositions sur la protection particulière varie : en Albanie⁹², la protection est un droit de l'enfant ; au Monténégro⁹³ et en Slovénie⁹⁴, c'est une garantie due aux enfants ; au Portugal⁹⁵, c'est un bénéfice auquel ils peuvent prétendre. En Pologne, la Constitution affirme que « chacun a le droit d'exiger des pouvoirs publics la protection de l'enfant contre la violence, la cruauté, l'exploitation et l'immoralité⁹⁶ ». En Serbie⁹⁷ et en Turquie⁹⁸, cette clause est formulée comme un devoir de l'Etat de protéger les enfants contre de tels traitements, tandis qu'en Ukraine⁹⁹, la Constitution oblige l'Etat à poursuivre les auteurs d'actes de violence ou d'exploitation sur un enfant. En Belgique, la Constitution utilise un libellé assez différent pour traiter d'un thème similaire : « Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle¹⁰⁰ ». En Autriche, une disposition spéciale de droit constitutionnel prévoit le droit d'être élevé sans violence ; les châtiments corporels, « l'imposition de souffrances morales », les abus sexuels et les autres formes de mauvais traitements sont explicitement interdits¹⁰¹. En Espagne, la Constitution comprend une disposition consacrée à la protection de l'enfant¹⁰² mais prévoit également que « les enfants jouissent de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent à leurs droits¹⁰³ ».

94. Le droit des enfants handicapés à des soins spécifiques est affirmé dans quelques constitutions, soit sous forme de droit (Autriche¹⁰⁴, Croatie¹⁰⁵) soit sous forme d'une obligation de l'Etat (par exemple Lettonie¹⁰⁶, Moldova¹⁰⁷ et Roumanie¹⁰⁸).

95. La Constitution turque¹⁰⁹ cite expressément le droit de l'enfant de nouer et d'entretenir une relation personnelle et directe avec ses parents, tandis que la Constitution serbe comprend une disposition reconnaissant le droit de l'enfant à l'identité¹¹⁰.

96. Dans vingt Etats membres du Conseil de l'Europe, la constitution traite de la famille et de la protection particulière des enfants. Dans un important nombre d'Etats, ces dispositions se centrent avant tout sur la famille tout en mentionnant généralement la protection des enfants (sans définir en détail ce qu'elle recouvre). Dans cette catégorie, la formulation la plus courante est un alinéa d'une disposition générale sur la famille garantissant aux parents et aux enfants une protection spéciale de la part des pouvoirs publics ; on trouve cette

⁹⁰ Articles XV et XVIII.

⁹¹ Article XVI.1.

⁹² Article 54.3.

⁹³ Article 74.

⁹⁴ Article 56.2.

⁹⁵ Article 69.2.

⁹⁶ Article 72.1.

⁹⁷ Article 64.

⁹⁸ Article 41.

⁹⁹ Article 52.

¹⁰⁰ Article 22bis. Voir aussi L. Lundy, U. Kilkelly, B. Byrne, & J. Kang, *The UN Convention on the Rights of the Child: a study of legal implementation in 12 countries* (UNICEF : 2012), p. 37.

¹⁰¹ Article 5 de la loi constitutionnelle de 2011 sur les droits de l'enfant.

¹⁰² Article 39.2 ; voir Picontó-Novales, « The Application of Spanish Child Welfare Law », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 12, 1998, pp. 180-201.

¹⁰³ Article 39.4.

¹⁰⁴ Article 6 de la loi constitutionnelle sur les droits de l'enfant.

¹⁰⁵ Article 63.3 : Les enfants physiquement et mentalement handicapés et abandonnés ont particulièrement droit à des soins, une éducation et une aide.

¹⁰⁶ Article 110.

¹⁰⁷ Article 50.3.

¹⁰⁸ Article 49.2.

¹⁰⁹ Article 41.

¹¹⁰ Article 64. Voir Kovaček Stanić, « Serbian Family Law: Rights of the Child », *International Journal of Children's Rights*, vol. 17, 2009, p. 593.

approche en Bulgarie, en Estonie, en Fédération de Russie, en Islande, en Italie, en Lituanie, en Macédoine et en République tchèque. La Constitution bulgare, petite particularité, prévoit aussi l'obligation spécifique de protéger les enfants abandonnés. La Constitution grecque est un peu plus détaillée, mais non nécessairement plus précise : sa disposition sur la famille affirme d'abord que « la famille [...] ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance se trouvent sous la protection de l'Etat », puis que « les familles nombreuses [...] ont droit à un soin particulier de la part de l'Etat » et que l'Etat « prend des mesures spéciales pour la protection de la jeunesse ».

97. Ces dispositions, comme celles relatives à l'exploitation économique, reconnaissent la vulnérabilité de l'enfant et son besoin d'être particulièrement protégé, mais uniquement en termes généraux.

98. Certains Etats ont transposé dans leur constitution les principes généraux de la CRC, tels qu'exposés plus haut, sous des formes et selon des combinaisons différentes.

99. *Non-discrimination* : ce principe, affirmé à l'article 2 CRC, est très fréquemment présent dans les constitutions des pays du Conseil de l'Europe. Seize Etats affirment que les enfants ont le même statut devant la loi indépendamment du statut marital de leurs parents, soit l'une des plus répandues des clauses spécifiques aux enfants. Ces dispositions sont importantes en ce qu'elles reconnaissent le statut des enfants comme détenteurs de droits et affirment leur droit à l'égalité de traitement. Elles sont souvent (dans dix Etats) associées à la protection contre l'exploitation économique.

100. *Développement de l'enfant* : le principe énoncé à l'article 6 CRC – le droit de l'enfant à la survie et au développement – est très représenté dans les constitutions européennes, bien que l'importance d'assurer à l'enfant un développement satisfaisant revête de nombreuses formes. Certaines constitutions affirment que l'enfant a le droit de développer le plus pleinement possible sa personnalité et son potentiel (Autriche¹¹¹, Hongrie¹¹², Portugal¹¹³ et Suisse¹¹⁴) ; d'autres imposent à l'Etat l'obligation de protéger les enfants de certains dangers pour leur développement, comme l'exploitation économique (Albanie¹¹⁵, Autriche¹¹⁶, Hongrie¹¹⁷, Moldova¹¹⁸ et Roumanie¹¹⁹). D'autres pays soulignent l'importance de l'éducation pour le développement des enfants (Andorre¹²⁰, Croatie¹²¹, Portugal¹²² et Espagne¹²³).

101. *Droit d'être entendu* : ce principe énoncé à l'article 12 CRC n'est pas encore courant dans les constitutions. A ce jour, le droit de l'enfant à être entendu dans les décisions l'intéressant est affirmé dans les constitutions autrichienne¹²⁴, irlandaise¹²⁵ et polonaise¹²⁶, bien qu'il apparaisse aussi dans la jurisprudence constitutionnelle d'autres pays¹²⁷. On trouve dans plusieurs constitutions une application spécifique du principe de l'article 12, relatif à la participation de l'enfant à la société. Trois Etats ont des dispositions imposant aux pouvoirs publics de créer les conditions nécessaires pour que les enfants participent

¹¹¹ Article 1 de la loi constitutionnelle sur les droits de l'enfant.

¹¹² Article XVI.1.

¹¹³ Article 69.1.

¹¹⁴ Article 11.1.

¹¹⁵ Article 54.3.

¹¹⁶ Article 5.1 de la loi constitutionnelle sur les droits de l'enfant combiné à la protection contre les abus sexuels.

¹¹⁷ Article XVIII.1.

¹¹⁸ Article 50.4.

¹¹⁹ Article 49.3.

¹²⁰ Article 20.1.

¹²¹ Article 63.2.

¹²² Article 73.2.

¹²³ Article 29.2.

¹²⁴ Article 4 de la loi constitutionnelle sur les droits de l'enfant.

¹²⁵ Article 42A.4.

¹²⁶ Article 73.3.

¹²⁷ Voir par ex. Long, « The Impact of the UNCRC on the Italian Legal System », *International Journal of Children's Rights*, 2009, vol. 17, pp. 161-162. Voir aussi les 3^e et 4^e rapports périodiques de l'Allemagne au Comité des droits de l'enfant, CRC/C/DEU/3-4, par.91, et les 3^e et 4^e rapports périodiques de l'Espagne au Comité des droits de l'enfant, CRC/C/ESP/3-4, par.308 et 451.

librement à la société (Suède) ou à la vie politique, sociale, économique, culturelle et sportive du pays (Moldova¹²⁸ et Roumanie¹²⁹). Enfin, plusieurs constitutions affirment un principe lié à l'article 12 : l'article 5, relatif à l'évolution des capacités de l'enfant. Sept Etats le consacrent dans leurs clauses constitutionnelles : l'Autriche¹³⁰, la Finlande¹³¹, l'Irlande¹³², le Monténégro¹³³, la Slovénie¹³⁴, la Serbie¹³⁵ et la Suisse¹³⁶.

102. *Intérêt supérieur de l'enfant* : étonnamment peut-être, le principe énoncé à l'article 3 CRC, qui demande que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent, n'est affirmé que dans de très rares constitutions. Il n'est expressément protégé que dans deux Etats membres, l'Irlande¹³⁷ et la Serbie¹³⁸, bien qu'il apparaisse dans la jurisprudence constitutionnelle d'autres Etats¹³⁹.

2. Forme de la protection

103. L'examen des constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe montre que l'approche traditionnelle consiste à se concentrer sur le besoin de protection des enfants, tandis qu'une approche plus récente et moderne présente les enfants comme détenteurs de droits. La position intermédiaire consiste à déléguer ce choix au législateur.

a. L'enfant comme objet d'une protection particulière

104. Les constitutions suivant cette approche présentent l'enfant comme un être à protéger et n'accordent aucune ou presque aucune reconnaissance à son influence ou à son autonomie. Elles évoquent rarement les droits et associent souvent les enfants à d'autres populations perçues comme vulnérables, comme les mères ou les familles. Ainsi, « les mères et les enfants » doivent bénéficier d'une protection particulière en vertu des constitutions monténégrine¹⁴⁰, macédonienne¹⁴¹ et serbe¹⁴², tandis que la constitution ukrainienne¹⁴³ regroupe les enfants, les familles et les mères. Les constitutions croate¹⁴⁴, tchèque¹⁴⁵ et grecque¹⁴⁶ protègent les enfants et les jeunes / adolescents.

105. Dans certains pays, la protection est encore plus abstraite puisqu'elle est accordée à l'« enfance », et non aux enfants (Azerbaïdjan¹⁴⁷, Italie¹⁴⁸, Lituanie¹⁴⁹, et dans une certaine mesure Fédération de Russie¹⁵⁰). Certaines constitutions disposent expressément que la famille est la composante fondamentale de la société¹⁵¹ ; la Constitution portugaise prévoit

¹²⁸ Article 50.5.

¹²⁹ Article 49.5.

¹³⁰ Article 4 de la loi constitutionnelle relative aux droits de l'enfant.

¹³¹ Article 6.3.

¹³² Article 42A.4.

¹³³ Article 74.

¹³⁴ Article 56.1.

¹³⁵ Article 64.

¹³⁶ Article 11.2.

¹³⁷ Article 42A.

¹³⁸ Article 65.

¹³⁹ Voir par ex. Askola, « Cut-Off Point? Regulating Male Circumcision in Finland », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 25(1), 2011, p. 107, et 3^e et 4^e rapports périodiques de l'Espagne au Comité des droits de l'enfant, CRC/C/ESP/3-4, par. 274-276. Ce principe apparaît aussi dans de nombreuses législations nationales.

¹⁴⁰ Article 73

¹⁴¹ Article 42

¹⁴² Article 66

¹⁴³ Article 51

¹⁴⁴ Article 62

¹⁴⁵ Article 32.1

¹⁴⁶ Article 21.3, qui prévoit que l'Etat prend des mesures spéciales pour la protection de la jeunesse.

¹⁴⁷ Article 34

¹⁴⁸ Article 31

¹⁴⁹ Article 38

¹⁵⁰ La Constitution de la Fédération de Russie prévoit, à l'article 7, que l'aide de l'Etat est assurée à la famille et à l'enfance. L'article 38 dispose que l'enfance est placée sous la protection de l'Etat et que les soins aux enfants et leur éducation sont également un droit et une obligation pour les parents.

¹⁵¹ Article 67 de la Constitution portugaise et article 41 de la Constitution irlandaise.

aussi la protection de la parentalité (en mentionnant également les droits de l'enfant – voir plus loin). Dans le même esprit, la Constitution bulgare¹⁵² dispose que « la famille [...] et les enfants sont sous la protection de l'Etat et de la société ». La Constitution moldave¹⁵³ protège fortement la famille (ainsi que les enfants¹⁵⁴).

106. Le devoir de protection de l'enfant imposé aux parents et aux familles constitue un autre thème courant. Par exemple, la Constitution croate¹⁵⁵ dispose que « les parents sont responsables de l'éducation, du bien-être et de l'enseignement de leurs enfants », et la Constitution monténégrine¹⁵⁶ que « les parents ont la charge d'élever et d'instruire leurs enfants¹⁵⁷ ». Rares sont les constitutions qui considèrent le fait d'élever son enfant purement comme un droit parental. Par exemple, la Constitution tchèque¹⁵⁸ affirme que « prendre soin des enfants et les éduquer est un droit des parents ». De même, la Constitution hongroise¹⁵⁹ dispose que les parents ont le droit de choisir le type d'éducation qu'ils jugent approprié pour leurs enfants et sont tenus de s'occuper d'eux, obligation qui comprend l'instruction des enfants.

107. Beaucoup plus souvent, les constitutions mentionnent à la fois les droits et les *devoirs* des parents dans la tâche d'élever, d'instruire et de soutenir leurs enfants. Par exemple, les constitutions du Monténégro¹⁶⁰, de la Roumanie¹⁶¹, de la Croatie¹⁶², de l'Estonie¹⁶³, de l'Italie¹⁶⁴ et de la Lituanie¹⁶⁵ mentionnent toutes, en des termes assez proches, le droit et le devoir des parents d'élever leurs enfants. Cas assez unique, en vertu de la Constitution espagnole¹⁶⁶, 1) les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille ; 2) les pouvoirs publics assurent de même la protection complète des enfants, et 3) les parents doivent porter assistance dans tous les domaines à leurs enfants durant leur minorité.

108. Soulignons dans ce contexte que la CRC reconnaît le rôle très important joué par les parents et la famille dans la réalisation et l'exercice des droits de l'enfant¹⁶⁷ ; cependant, imposer aux seuls parents la responsabilité des enfants n'est pas conforme à la CRC, qui affirme clairement que cette responsabilité incombe en dernier ressort à l'Etat. Cette approche est mieux reflétée par les (rares) constitutions européennes dans lesquelles l'affirmation du droit ou du devoir des parents de protéger ou d'élever leurs enfants s'accompagne d'une reconnaissance de la responsabilité de l'Etat à cet égard. Par exemple, la Constitution azerbaïdjanaise¹⁶⁸ impose aux parents de prendre soin de leurs enfants et de leur éducation, notant également que l'Etat veille à la mise en œuvre de cette responsabilité.

¹⁵² Article 14

¹⁵³ Article 48

¹⁵⁴ L'article 49 dispose que l'Etat protège les enfants et les jeunes en stimulant le développement des institutions nécessaires. La Constitution affirme que tous les enfants, y compris nés hors mariage, jouissent de la même protection sociale. Les enfants et les jeunes jouissent d'un régime particulier d'assistance dans la réalisation de leurs droits et l'exploitation des mineurs est interdite.

¹⁵⁵ Article 63.1.

¹⁵⁶ Article 72

¹⁵⁷ Voir aussi l'article 48 de la Constitution moldave.

¹⁵⁸ Article 32(4)

¹⁵⁹ Article XV

¹⁶⁰ Article 72

¹⁶¹ Article 48

¹⁶² Article 63.1 de la Constitution croate : « Les parents sont responsables de l'éducation, du bien-être et de l'enseignement de leurs enfants ». L'article 63.2 affirme que « les parents sont responsables d'assurer à leurs enfants le droit à un plein et harmonieux développement de leurs personnalités ». Point intéressant, cette Constitution reconnaît aussi les droits de l'enfant : aux termes de l'article 63.4, « l'Etat accorde un soin particulier aux orphelins et aux mineurs négligés par leurs parents », et l'article 63.3 affirme que « les enfants physiquement et mentalement handicapés et abandonnés ont particulièrement droit à des soins, une éducation et une aide ». L'approche complète retenue par la Constitution croate ressort également de l'article 64 : « Chacun a l'obligation de protéger les enfants ».

¹⁶³ Article 27

¹⁶⁴ Article 30

¹⁶⁵ Article 38.6

¹⁶⁶ Article 39

¹⁶⁷ Voir par exemple les articles 5 et 18.

¹⁶⁸ Article 17.II

De même, la Constitution bulgare¹⁶⁹ affirme que les soins aux enfants sont un droit et un devoir de leurs parents, assistés par l'Etat¹⁷⁰.

109. Bien que la plupart des Etats présentent la prise en charge des enfants comme un droit et un devoir des parents, certaines dispositions constitutionnelles disent clairement qu'il appartient aussi à l'Etat de soutenir les parents et la famille dans ce domaine. Par exemple, la Constitution finlandaise¹⁷¹ prévoit que l'Etat soutient les familles et les autres personnes en charge d'enfants afin qu'elles aient la possibilité de garantir le bien-être et le développement personnel des enfants.

110. Plusieurs dispositions de la Constitution allemande sont consacrées à la protection de l'enfant et de la famille. L'article 6.2, par exemple, dispose qu'élever et éduquer les enfants sont un droit et une obligation naturels des parents et que les pouvoirs publics veillent sur la manière dont ils s'acquittent de ces tâches. L'équilibre des responsabilités parentales par la responsabilité de l'Etat se retrouve dans d'autres constitutions. La Constitution grecque¹⁷² affirme que l'enfance se trouve sous la protection de l'Etat et¹⁷³ que les familles nombreuses ont droit à un soin particulier de la part de l'Etat. De même, la Constitution italienne affirme que la République favorise l'accomplissement des devoirs familiaux, en particulier par les familles nombreuses¹⁷⁴.

111. En conformité avec la CRC¹⁷⁵, plusieurs constitutions considèrent que les droits des parents sur leurs enfants ne sont pas absolus. Par exemple, la Constitution serbe¹⁷⁶, tout en reconnaissant le droit et le devoir des parents de soutenir, d'élever et d'éduquer leurs enfants, note que ces droits peuvent être retirés aux parents s'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷⁷. Les constitutions irlandaise¹⁷⁸, italienne et portugaise¹⁷⁹ affirment que l'Etat a le devoir de prendre un enfant en charge lorsque ses parents manquent à leurs responsabilités envers lui ou sont incapables de s'en occuper, tandis que la Constitution polonaise prévoit que la restriction ou le retrait des droits parentaux ne peuvent être prononcés que conformément à la loi¹⁸⁰. S'inspirant des articles 20 et 21 CRC, consacrés aux droits des enfants privés de leur milieu familial, les constitutions de « l'ex-République yougoslave de Macédoine » et de la Lettonie affirment que l'Etat doit veiller au sort des enfants privés de soins parentaux.

b. L'enfant comme détenteur de droits

112. Différents libellés fondés sur les droits peuvent être utilisés pour exprimer les droits et les besoins de l'enfant d'une manière conforme à la CRC. Ce peuvent être la mention expresse des « droits » de l'enfant, des clauses affirmant que « les enfants ont droit à » ce que leurs besoins soient couverts ou des expressions qui imposent à l'Etat ou à d'autres acteurs l'obligation d'appliquer ces droits. De tels libellés ne sont pas fréquents dans les constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe. La Constitution hongroise¹⁸¹ offre un très bon exemple de libellé fondé sur les droits, puisqu'elle dispose que chaque enfant a droit à la protection et aux soins requis par son développement. En Autriche, une loi

¹⁶⁹ Article 47.1

¹⁷⁰ L'article 47.4 de la Constitution bulgare dispose aussi que les enfants abandonnés jouissent de la protection de l'Etat et de la société.

¹⁷¹ Article 19.3

¹⁷² Article 21.1

¹⁷³ Article 21.2

¹⁷⁴ Article 31

¹⁷⁵ Notamment l'article 19, qui reconnaît que les enfants peuvent subir des atteintes de la part des personnes auxquelles ils sont confiés.

¹⁷⁶ Article 65

¹⁷⁷ Voir la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans U. Kilkelly, « Child Protection and the European Convention on Human Rights », *Irish Journal of Family Law*, 2 (2000):12-20.

¹⁷⁸ Article 42A

¹⁷⁹ Article 36.6

¹⁸⁰ Article 48.

¹⁸¹ Article XV.1

constitutionnelle spécialement consacrée aux droits de l'enfant a été adoptée en 2011 ; elle affirme un certain nombre de droits spécifiques aux enfants. En vertu de la Constitution irlandaise¹⁸², l'Etat reconnaît les droits de l'enfant et s'engage à les défendre. De même, le Monténégro¹⁸³, la Slovénie¹⁸⁴ et la Pologne¹⁸⁵ affirment que les enfants jouissent de droits et de libertés conformément à leur âge et à leur degré de maturité et bénéficient d'une protection particulière contre l'exploitation ou les maltraitances. On trouve une formulation différente dans la Constitution roumaine¹⁸⁶, qui prévoit que les enfants et les jeunes bénéficient d'une protection et d'une assistance dans la poursuite de leurs droits ; de même, la Constitution albanaise prévoit que « les enfants, les jeunes [...] ont droit à une protection particulière de l'Etat¹⁸⁷ ». Point crucial, les deux types de libellés reflètent le statut de l'enfant comme détenteur de droits tout en précisant que la défense de ces droits incombe à l'Etat. Plus indirectement, la Constitution lettone affirme que l'Etat soutient les droits des parents et ceux de l'enfant¹⁸⁸. Il se peut que cette reconnaissance des droits de l'enfant, via le soutien demandé à l'Etat, ne constitue pas une véritable approche fondée sur les droits.

113. La protection des droits de l'enfant dans la constitution fait l'objet de pratiques mitigées de la part des Etats. En réalité, très peu d'entre eux se fondent uniquement sur les droits, tandis que la plupart affirment à la fois les droits de l'enfant et son besoin de protection. Dans le nouvel article 42A de la Constitution irlandaise par exemple, la première phrase reconnaît expressément l'enfant comme détenteur de droits mais le reste de l'article met davantage l'accent sur la protection que sur les droits. De même, la Constitution portugaise¹⁸⁹ affirme que les enfants « ont droit » à la protection de la société, mais que l'Etat « assure » (sans mention de droit) une protection spéciale aux enfants orphelins ou abandonnés. Rare exception, la Constitution serbe, dans sa disposition intitulée « Droits de l'enfant », évoque à plusieurs reprises les droits, en particulier concernant le droit de l'enfant à un nom et une identité ainsi qu'à la protection contre l'exploitation et les maltraitances.

c. Délégation au législateur

114. Certains Etats, enfin, mentionnent les droits de l'enfant dans leur constitution mais ne les développent pas. Beaucoup de constitutions confient la protection des droits de l'enfant au législateur ou à d'autres acteurs. On pourrait distinguer celles qui se fondent sur le besoin de protection de celles qui se fondent sur les droits ; elles n'entrent en fait dans aucune de ces catégories, car les droits ne sont pas inscrits dans la constitution elle-même. Ces constitutions pourraient être ainsi considérées comme contraires aux exigences de la CRC ; dans le même temps, la reconnaissance de l'obligation d'initiative législative reflète le devoir d'appliquer la CRC, comme requis par l'article 4¹⁹⁰. Cet article évoque ce qui semble une tendance courante dans les constitutions européennes.

115. Les exemples de ce type d'approche abondent – ce qui renseigne peut-être plus sur la tradition constitutionnelle des pays concernés que sur leur approche des droits de l'enfant – et suivent des modalités différentes.

¹⁸² Article 42A, non encore entré en vigueur.

¹⁸³ Article 74

¹⁸⁴ Article 56

¹⁸⁵ Article 74

¹⁸⁶ Article 49

¹⁸⁷ Article 54.1.

¹⁸⁸ Article 110.

¹⁸⁹ Article 69.

¹⁹⁰ Article 4 CRC :

Les Etats 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.

116. La première approche est l'exigence constitutionnelle selon laquelle la loi doit garantir soins et protection aux enfants. Par exemple, la Constitution islandaise¹⁹¹ prévoit que la loi garantit la protection et les soins nécessaires au bien-être des enfants. Dans le même esprit, certaines constitutions disposent que les enfants et/ou leurs droits sont protégés par la loi – approche retenue dans les constitutions lituanienne¹⁹² et géorgienne¹⁹³. La Constitution ukrainienne¹⁹⁴ prévoit que toute violence contre un enfant est poursuivie par la loi. D'autres constitutions imposent d'inscrire les droits de l'enfant dans la loi¹⁹⁵ ou de réglementer les droits des enfants et leur protection¹⁹⁶. La Constitution azerbaïdjanaise¹⁹⁷ prévoit que l'Etat « supervise la mise en œuvre des droits des enfants ».

117. Bien que cette approche ne confère pas aux droits de l'enfant un statut pleinement constitutionnel, elle constitue un important moyen de promouvoir l'usage de la loi pour exprimer et protéger les droits de l'enfant. La Suède, par exemple¹⁹⁸, demande que l'autorité publique agisse en faveur du respect des droits de l'enfant. Bien que cette disposition soit rarement citée, une telle approche a le mérite d'offrir un moyen, fondé sur la constitution, de relever le niveau juridique de mise en œuvre des droits de l'enfant¹⁹⁹.

118. On voit qu'il n'existe clairement pas de solution unique pour inscrire les droits de l'enfant dans les constitutions nationales, et que chaque pays doit tenir compte d'une série de facteurs pour décider quels droits affirmer au niveau constitutionnel, comment exprimer ces droits et les obligations correspondantes des pouvoirs publics et comment veiller à ce que ces droits soient mis en œuvre. En général, le degré le plus élevé de respect des normes internationales s'observe dans des constitutions qui expriment les droits de l'enfant de manière à refléter leur caractère indivisible, qui reprennent les principes généraux de la CRC et qui reconnaissent le statut des enfants comme détenteurs de droits pouvant exiger de l'Etat qu'il défende ces droits. A l'autre extrémité du spectre, les constitutions qui prévoient une protection générale des droits de l'homme mais n'abordent les intérêts de l'enfant qu'au travers de leur protection et de leurs besoins, sans évoquer leurs droits, et ne donnent que peu de possibilités de recours ne peuvent être considérées comme des modèles de bonnes pratiques en matière de droits de l'enfant.

119. On constate que chaque constitution dans son ensemble occupe souvent simultanément plusieurs points de ce spectre. Il est rare qu'un Etat s'en tienne à une seule approche, si bien qu'on peut trouver dans presque toutes les constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe des passages constituant une bonne pratique en matière d'affirmation constitutionnelle des droits de l'enfant.

D. Application des dispositions relatives aux droits de l'enfant

120. L'insertion dans un texte constitutionnel d'une disposition sur les droits de l'enfant ne fait pas tout : elle n'assure pas à elle seule un recours si cette disposition n'est pas appliquée. L'un des indicateurs clés pour évaluer le niveau de protection constitutionnelle des droits de l'enfant est donc la possibilité de revendiquer ces droits, à travers les tribunaux ou un autre mécanisme comme le médiateur des enfants. Il ne s'agit cependant pas du seul indicateur. Comme l'a montré une enquête auprès des agents de liaison du réseau Justice

¹⁹¹ Article 76.

¹⁹² Article 39, qui prévoit que les enfants mineurs sont protégés par la loi.

¹⁹³ Article 36.

¹⁹⁴ Article 52.

¹⁹⁵ Voir Irlande, article 42A, non encore entré en vigueur.

¹⁹⁶ Voir Serbie, article 64 et Slovaquie, article 41.

¹⁹⁷ Article 17. VI.

¹⁹⁸ Chapitre I, article 2.

¹⁹⁹ L. Lundy, U. Kilkelly, B. Byrne, & J. Kang, *The UN Convention on the Rights of the Child: a study of legal implementation in 12 countries* (Londres : UNICEF UK, 2012), p. 60.

constitutionnelle de la Commission de Venise²⁰⁰, la mise en œuvre des dispositions relatives aux droits de l'enfant passe aussi par un large éventail de pouvoirs publics, depuis certains ministères jusqu'aux organes spécialisés au niveau local.

121. Une évaluation complète des possibilités de faire valoir les droits de l'enfant inscrits dans les constitutions des quarante-sept Etats membres n'entre pas dans le champ de la présente étude, puisqu'elle supposerait d'examiner la jurisprudence, la législation, les politiques, les pratiques et les comportements, qui contribuent tous au degré de mise en œuvre d'un droit. En outre, les efforts pour aboutir à des conclusions solides dans ce domaine sont encore compliqués par le fait que certains droits (parfois même au sein d'une seule constitution) peuvent être plus défendables que d'autres : par exemple, il est généralement plus aisé d'obtenir justice sur des droits civils et politiques que sur des droits économiques et sociaux. Compte tenu de ces difficultés, nous nous contenterons de donner des exemples de diverses approches : absence totale de recours, mise en œuvre non judiciaire via des organes administratifs comme les médiateurs des enfants, justiciabilité complète devant les tribunaux au moyen de recours plus ou moins forts (déclarer des lois, des actions ou des omissions contraires aux droits en question, éventuellement jusqu'à les invalider ; octroyer des compensations ; ordonner que certaines mesures soient prises ou interrompues).

1. L'absence de recours

122. Certaines constitutions d'Etats membres du Conseil de l'Europe contiennent des dispositions relatives aux droits de l'enfant qui ne sont susceptibles d'aucun recours, car elles ne constituent qu'une orientation pour le législateur et ne peuvent être invoquées devant un tribunal. Par exemple, la Constitution irlandaise comporte une section intitulée « Principes directeurs de la politique sociale » dans laquelle l'Etat s'engage entre autres à sauvegarder les intérêts économiques des parties les plus faibles de la société (dont notamment les orphelins) et à s'efforcer de garantir que l'on n'abuse pas de la jeunesse des enfants et qu'ils ne soient pas contraints par les nécessités économiques à des tâches auxquelles ils sont inaptes en raison de leur âge ou de leur force. Cependant, ces Principes directeurs de la politique sociale ne sont expressément assortis d'aucun recours : un paragraphe liminaire précise qu'ils ne sont destinés qu'à l'orientation générale de l'Oireachtas (Parlement) et ne peuvent être connus d'aucun tribunal, selon aucune disposition de la Constitution. Ainsi, aucun recours n'est disponible en cas de non-application des droits énoncés dans ces dispositions constitutionnelles.

2. Les recours administratifs

123. La saisine d'une instance administrative, comme le médiateur des enfants, ou plus généralement d'une institution nationale indépendante de défense des droits de l'homme constitue une forme de plus en plus commune et relativement accessible de recours en cas de violation des droits constitutionnels de l'enfant, présente dans un nombre significatif d'Etats membres.

124. Cette possibilité de protection et de promotion des droits de l'enfant a été prônée par le Comité des droits de l'enfant dans son Observation générale n° 2 (2002). Les institutions indépendantes de défense des droits de l'homme devraient être mises en place conformément aux « Principes de Paris » ; cependant, le Comité souligne que « des raisons supplémentaires existent de veiller à ce que les droits fondamentaux des enfants bénéficient d'une attention spéciale ». Outre les grandes caractéristiques qui ressortent des Principes de Paris, le Comité a identifié des traits essentiels à la protection des droits de l'enfant, depuis l'accessibilité et la participation jusqu'au pouvoir de connaître des plaintes pour atteintes aux droits de l'enfant et d'effectuer les investigations nécessaires ; cependant, les compétences prévues lorsque de telles atteintes sont révélées varient d'un pays à l'autre.

²⁰⁰ La question posée au Forum confidentiel des agents de liaison était la suivante : « Quelles sont les institutions compétentes pour mettre en œuvre les droits de l'enfant inscrits dans la Constitution de votre pays ? ».

En Europe, les compétences de base des médiateurs des enfants consistent à constater la non-observation des droits de l'enfant par une administration et à formuler des recommandations sur les moyens d'éviter une telle situation à l'avenir, ainsi qu'à rédiger un rapport annuel généralement présenté aux organes législatifs ou exécutifs du pays. Dans certains Etats, le médiateur des enfants dépasse largement ces compétences minimales et joue un rôle significatif dans la mise en œuvre des droits de l'enfant. Le médiateur peut par exemple, comme en Serbie, demander à la Cour constitutionnelle d'évaluer la légalité et la constitutionnalité de lois, de règlements et d'arrêtés généraux applicables à des questions relatives aux droits et aux libertés des citoyens. Ce mécanisme remarquable gagnerait à être reproduit dans d'autres Etats, compte tenu des difficultés que rencontrent souvent les enfants pour ouvrir des procédures judiciaires en leur nom. Le médiateur peut aussi être habilité, comme au Monténégro, à présenter au gouvernement ou à l'Assemblée nationale une proposition d'amendement à une loi ou à d'autres textes réglementaires. Les destinataires sont tenus d'examiner les propositions du médiateur. Il s'agit là encore d'un mécanisme important, susceptible d'éviter que les questions de droits de l'enfant ne soient ignorées par les élus – pour lesquels les enfants ne représentent pas des électeurs.

125. D'après les résultats d'une enquête²⁰¹ menée auprès du Réseau européen des médiateurs des enfants (ENOC), la grande majorité des vingt médiateurs ayant répondu estime que l'inscription des droits de l'enfant dans la constitution les rend plus visibles et plus opérationnels au sein du système juridique et politique. En outre, ils sont une majorité à regretter que la protection constitutionnelle ne reflète pas les droits garantis par la CRC, tandis que certains avancent que l'énumération des droits n'a pas d'importance du moment que la CRC reçoit le statut de droit constitutionnel. Certains médiateurs estiment que les droits de l'enfant sont effectivement protégés même si la CRC n'est pas intégrée dans la constitution, mais dans les lois. Une petite majorité des médiateurs avance que les enfants sont effectivement protégés par la Constitution même si leurs droits ne sont pas spécifiquement énoncés, la constitution s'appliquant « à tous ».

126. Les recours administratifs en cas d'atteinte aux droits constitutionnels des enfants ne prennent cependant pas toujours la forme d'un médiateur. De nombreux organes administratifs – certains spécialisés dans les questions d'enfance, d'autres non – ont des responsabilités spécifiques, afin d'aider les tribunaux à faire appliquer les droits constitutionnels de l'enfant qui existent en Europe.

3. Les recours judiciaires²⁰²

127. En règle générale, le moyen le plus évident de faire appliquer les droits constitutionnels consiste à saisir un tribunal. Ce point a été largement confirmé par les agents de liaison du réseau Justice constitutionnelle de la Commission de Venise.

128. Cependant, le recours aux tribunaux devient moins évident lorsqu'il s'agit de faire appliquer les droits constitutionnels des enfants, car ces derniers ont souvent des difficultés à accéder aux procédures judiciaires. Comme l'observe John Tobin, « la plupart des constitutions ne confèrent de droits qu'aux victimes, mais dans la pratique les enfants ont peu de chances de connaître leurs droits constitutionnels, sans parler des moyens de les faire appliquer ». Le mandat d'un médiateur des enfants constitue l'une des manières de contourner cette difficulté ; certaines personnes peuvent aussi avoir la possibilité de saisir la

²⁰¹ Voir CDL-REF (à paraître) ; cette enquête a été menée par Anne Lindboe, Médiatrice norvégienne pour les droits de l'enfant. Elle vise principalement à étudier le rôle pratique de la protection constitutionnelle des droits de l'enfant envisagé du point de vue des médiateurs. Trois questions ont été posées :

- Si les droits de l'enfant en tant que tels sont protégés par la Constitution, quels sont les éléments spécifiés et mentionnés ?
- Dans quelle mesure, aux yeux du médiateur, la protection constitutionnelle des droits de l'enfant a-t-elle un impact dans la pratique ?
- Si les droits de l'enfant ne sont pas protégés par la Constitution, le médiateur verrait-il un avantage à ce qu'ils le deviennent ?

justice au nom d'un enfant. En Irlande, la procédure dite « du plus proche ami » permet à une autre partie (généralement un parent ou tuteur) de déposer un recours constitutionnel au nom de l'enfant dont les droits sont en jeu – mais les enfants n'ont pas la possibilité de déposer un recours en leur nom, ce qui place les adultes dans le rôle de gardiens de l'accès à la justice.

129. Bien qu'on puisse avancer que l'absence de mécanisme adapté permettant de saisir un tribunal pour violation des droits de l'enfant « risque de rendre purement rhétoriques les bonnes intentions exprimées dans le texte de la constitution plutôt que de les traduire en changements réels », le rôle des parents et des tuteurs dans l'accès des enfants à la justice ne saurait être ignoré ni réduit, à condition que leurs intérêts aillent dans le même sens.

130. Là encore, les effets de la mise en œuvre des droits constitutionnels de l'enfant se caractérisent par leur diversité. Certains droits peuvent être assez aisément défendus par une décision de justice – en particulier lorsqu'elle ne suppose pas d'engager d'importantes ressources publiques. Par exemple, lorsqu'une loi s'avère contraire aux droits constitutionnels de l'enfant, elle peut être déclarée anticonstitutionnelle et invalidée ; dans certains cas, le retrait de la loi en question fait immédiatement justice aux droits de l'enfant (et à tous les enfants du pays). Au Liechtenstein par exemple, la Cour constitutionnelle a rejeté une loi fixant à seize ans la limite d'âge pour le regroupement familial des enfants ressortissants d'Etats tiers. Cette décision a permis à tous les enfants de ressortissants de pays tiers d'avoir le droit de rejoindre leur famille jusqu'à l'âge de dix-huit ans²⁰³.

131. Déposer un recours pour non-application des droits économiques et sociaux signifie parfois demander aux tribunaux de prendre des décisions sur l'allocation des ressources publiques, matière ordinairement réservée aux instances publiques élues. Il est souvent avancé que les tribunaux manquent des connaissances et des informations, ainsi que du mandat démocratique, nécessaires pour renverser des décisions budgétaires adoptées par le pouvoir exécutif ou législatif. C'est pourquoi la plupart des constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe ne comprennent que des dispositions limitées, et parfois aucune disposition, octroyant expressément des droits socio-économiques aux enfants. Le droit à l'éducation constitue ici une importante exception, puisqu'il est affirmé dans quarante-quatre constitutions sur quarante-sept ; cependant, même ce droit socio-économique largement reconnu soulève des difficultés de mise en œuvre.

132. Ce bref aperçu montre que de nombreux mécanismes – judiciaires ou non – existent pour répondre aux éventuelles violations des droits de l'enfant. Ces mécanismes devraient cependant s'accompagner de garanties de procédure appropriées, visant à répondre efficacement aux particularités des besoins et des droits de l'enfant.

VI. Conclusions

133. Vingt-cinq ans après l'adoption de la Convention des droits de l'enfant, l'analyse de la protection des droits de l'enfant au niveau constitutionnel livre un tableau intéressant non seulement par sa diversité et sa complexité, mais aussi parce qu'il a connu des évolutions récentes et qui se poursuivent encore.

134. Au niveau international, la CRC forme toujours le socle de la protection des droits de l'enfant et de la reconnaissance des enfants comme détenteurs autonomes de droits. Au niveau européen, elle a trouvé un écho dans la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée voici soixante ans, et sa jurisprudence, qui a développé une « jurisprudence des droits de l'enfant » alors que le texte même de la Convention ne les évoque guère, et plus récemment dans l'insertion de certains aspects des droits de l'enfant dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

²⁰³ Deuxième rapport du Liechtenstein au Comité des droits de l'enfant, CRC/C/136/Add.2, 14 juillet 2005, par. 84.

135. Les initiatives de définition de normes lancées plus récemment par le Conseil de l'Europe ont indéniablement sensibilisé les Etats membres à l'importance de l'inscription des droits de l'enfant dans la constitution.

136. En vertu du droit international, les Etats ont l'obligation positive de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'enfant. Cependant, les effets limités de cette protection internationale soulignent l'importance que les Etats membres adoptent des dispositions internes en matière de droits de l'enfant.

137. La CRC a été conçue comme un outil au service de la promotion et de la diffusion d'une nouvelle vision des enfants comme eux-mêmes détenteurs de droits. Cela n'empêche nullement que les enfants aient toujours besoin de protection au sein de leur famille, qui reste, comme affirmé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, « l'élément naturel et fondamental de la société²⁰⁴ ». Bien que le rôle d'une famille aimante pour le développement harmonieux de l'enfant reste incontestable, on ne saurait sous-estimer l'impact de la législation nationale sur la protection des droits et des besoins de l'enfant.

138. L'analyse des dispositions constitutionnelles montre qu'il n'existe pas de solution unique pour inscrire les droits de l'enfant dans la constitution ; chaque pays doit tenir compte d'une série de facteurs pour décider quels droits affirmer au niveau constitutionnel, comment exprimer ces droits et les obligations correspondantes des pouvoirs publics et comment veiller à ce que ces droits soient appliqués.

139. En général, le degré le plus élevé de respect des normes internationales s'observe dans des constitutions qui expriment les droits de l'enfant de manière à refléter leur caractère indivisible, qui reprennent les principes généraux de la CRC et qui reconnaissent le statut des enfants comme détenteurs de droits pouvant exiger de l'Etat qu'il défende ces droits.

140. A l'autre extrémité du spectre, les constitutions qui prévoient une protection générale des droits de l'homme mais n'abordent les intérêts de l'enfant qu'au travers de leur protection et de leurs besoins, sans évoquer leurs droits, et ne donnent que peu de possibilités de recours témoignent d'un faible niveau de protection des droits de l'enfant.

141. On constate que chaque constitution dans son ensemble occupe souvent simultanément plusieurs points de ce spectre. Il est rare qu'un Etat s'en tienne à une seule approche, si bien qu'on peut trouver dans presque toutes les constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe des passages constituant une bonne pratique en matière d'affirmation constitutionnelle des droits de l'enfant.

142. Compte tenu des particularités de la protection des enfants et des droits de l'enfant, une véritable protection suppose l'existence de mécanismes de mise en œuvre accessibles et appropriés, dont l'accès à des recours judiciaires et aux tribunaux. Des dispositions portant sur des droits de recours spécifiques ainsi que sur les compétences officielles / la capacité juridique d'un médiateur ou d'autres institutions (de préférence mis en place conformément aux Principes de Paris) sont également essentielles.

143. La présente étude a identifié de nombreuses bonnes pratiques concernant la protection constitutionnelle des droits de l'enfant et leur mise en œuvre. Ces bonnes pratiques permettent aux Etats de s'inspirer les uns des autres pour promouvoir des normes plus élevées.

144. Dans ce contexte, la Commission de Venise a identifié une série de mesures clés qui pourraient répondre au mieux à la question : « Comment intégrer les droits de l'enfant dans les constitutions nationales de manière à en promouvoir la mise en œuvre effective ? ».

²⁰⁴ Voir la Résolution ONU 217 A (III), article 16 (3).
<https://www.un.org/fr/documents/udhr/>

145. La Commission de Venise recommande aux Etats membres du Conseil de l'Europe d'offrir, conformément à leur système constitutionnel, des garanties constitutionnelles de reconnaissance et de protection des droits de l'enfant, selon les lignes suivantes :

- indépendamment du statut et des droits octroyés à la famille, les enfants sont considérés comme détenteurs de droits, et non uniquement comme des êtres ayant besoin de protection ;
- dans toutes les actions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale (conformément à l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant) ;
- les enfants ont le droit d'être entendus sur toutes les décisions qui les concernent (conformément à l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant).

146. La Commission de Venise recommande en outre aux Etats membres :

- de prévoir de fortes garanties de mise en œuvre des droits de l'enfant, y compris en mettant en place une institution indépendante chargée de promouvoir et de protéger les droits de l'enfant (établie de préférence conformément aux Principes de Paris²⁰⁵) ;
- de veiller à ce qu'existent des mécanismes efficaces – judiciaires ou non – pour répondre aux éventuelles violations des droits de l'enfant, associés à des garanties de procédure adéquates²⁰⁶.

147. En outre, les Etats membres et leurs institutions ont l'obligation positive de veiller à ce que les droits de l'enfant soient effectivement mis en œuvre.

148. La Commission de Venise rappelle que l'obligation positive d'assurer une réelle protection des droits de l'homme, en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, revêt une importance particulière pour les enfants.

²⁰⁵ Conformément à l'Observation générale n° 2 du Comité des droits de l'enfant.

²⁰⁶ La Commission de Venise rappelle à cet égard les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants.