

2m 11. 2709.8

Université de Montréal

L'intérêt supérieur de l'enfant et son expression en matière de garde et d'accès au Liban et au Canada : L'interprétation d'une notion à la lumière de la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

par

Sarine DER KALOUSTIAN

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de

Maître en droit (LL.M.)

Janvier 1999

© Sarine Der Kaloustian, 1999.



8-10-11-11-11

AZBD

U54t

1999

V.007

Document de référence

Le présent document est l'un des nombreux documents de référence de la Commission canadienne de la santé humaine et de la sécurité alimentaire.

100

Document de référence

Document de référence

Document de référence

Document de référence

Document de référence

Document de référence



Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Ce mémoire est intitulé :

L'intérêt supérieur de l'enfant et son expression en matière de garde et d'accès au Liban et au Canada: L'interprétation d'une notion à la lumière de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

Présenté par :

Sarine DER KALOUSTIAN

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Le jury composé de Christianne Dubreuil, présidente, Shauna Van Praag, membre du jury, Bartha M. Knoppers, directrice et Sonia Lebris, co-directrice, a accepté à l'unanimité le mémoire de maîtrise de Sarine Der Kaloustian.

Mémoire accepté le : 99.05.27 .....

## SOMMAIRE

La *Convention relative aux droits de l'enfant* consacre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sans toutefois lui donner une définition précise. Dans cet essai, nous nous sommes penchés sur les différentes interprétations de ce principe en matière de garde et d'accès au Liban (en droit chrétiens catholique, grec-orthodoxe, arménien-orthodoxe et dans les droits musulmans hanafite et druze) et au Canada (en droit québécois).

Dans la première partie de notre étude, après avoir rapidement retracé les premières manifestations juridiques internationales de ce principe, en conjonction avec ceux de la protection et des droits de l'enfant, nous nous sommes concentrés sur la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

L'historique de l'élaboration de la *Convention*, met en évidence l'esprit de compromis qui caractérise la rédaction du texte final et qui se reflète dans le libellé de nombreux articles. Nous avons donc examiné plus particulièrement la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant en fonction de ces deux pôles d'interprétation de la *Convention*, à savoir une pure ambiguïté textuelle ou un exemple de relativisme culturel

La deuxième partie illustre, à travers la démarche comparatiste, les multiples facettes de cette notion dans le domaine de garde et d'accès, qui se trouvent ancrées dans les structures les plus profondes de la société.

La qualification du contexte socio-juridique du Liban et du Canada, avec leurs différences de nature et de fonctionnement est donc une première étape nécessaire à notre démarche comparative. Quant à la deuxième étape, elle examine les différents éléments qui interviennent dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant au moment de l'attribution de la garde. En plaçant successivement l'intérêt de l'enfant, au Liban et au Canada, sous la perspective des droits et des devoirs des parents, puis des droits de l'enfant, nous aboutissons à une identification des critères communs et divergents de son évaluation.

## REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à adresser mes plus grands remerciements à ma directrice et ma codirectrice de projet, Mme Bartha Maria Knoppers et Mme Sonia Le Bris dont l'appui, la disponibilité et les précieux conseils ont permis la réalisation du présent mémoire. Le support technique et financier offert par le Centre de recherche en droit public ont été également fort appréciés.

J'exprime également ma reconnaissance à ma famille pour leur support et leurs encouragements constants. En particulier, je tiens ici à remercier ma mère dont les avis judicieux, et le soutien indéfectible ont apporté une inestimable contribution à la rédaction de ce mémoire.

*Your children are not your children.  
They are the sons and daughters of Life's  
longing for itself  
They came through you but not from you  
And though they are with you yet they  
belong not to you.*

**Kahlil Gibran 1883-1931**  
*The Prophet (1923) 'On Children'*

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
<b>PARTIE I -L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT SELON LA <i>CONVENTION</i> : une notion à la recherche d'une définition.....</b>	
<b>9</b>	
<b><u>I- Encadrement international de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.....</u></b>	
<b>9</b>	
<b>A- Étapes antérieures à la Convention .....</b>	
<b>9</b>	
<b>1. Premières manifestations juridiques des droits de l'enfant .....</b>	
<b>9</b>	
a) De la protection de l'enfant.....	
10	
b) ...Vers les droits de l'enfant.....	
12	
<b>2. Premières manifestations juridiques de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.....</b>	
<b>15</b>	
a) Dans le contexte de protection générale accordée à l'enfant.....	
16	
b) Dans le contexte des relations familiales .....	
17	
<b>B- <i>Convention relative aux droits de l'enfant</i>: un texte singulier.....</b>	
<b>21</b>	
<b>1. Aperçu historique.....</b>	
<b>22</b>	
a) Enjeux politiques .....	
23	
b) Enjeux culturels.....	
24	
<b>2. Démarches méthodologiques.....</b>	
<b>25</b>	
a) Recherche du plus petit dénominateur commun .....	
25	
b) Apport des organisations non-gouvernementales .....	
26	
<b><u>II- La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de la <i>Convention</i>: ambiguïté terminologique ou relativisme culturel? .....</u></b>	
<b>29</b>	
<b>A- Particularités de sa formulation.....</b>	
<b>29</b>	
<b>1. Article 3(1): ambiguïtés et imprécisions d'un principe fondamental .....</b>	
<b>30</b>	
a) Au niveau structural.....	
32	
b) Au niveau terminologique.....	
33	

2. Interdépendance de l'article 3 avec les autres articles de la <i>Convention</i> .....	37
a) Principe de la responsabilité parentale: l'article 18(1).....	37
b) Droit de l'enfant à préserver ses relations familiales: les articles 9(1) et 9(3).....	38
c) Droit de faire connaître ses vues et d'exprimer son opinion: les articles 9(2), 12.....	40
 B- Le relativisme culturel.....	42
1. Facteurs limitatifs du relativisme culturel.....	43
2. Facteurs dynamisants du relativisme culturel.....	45
 CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	47
  <b>DEUXIÈME PARTIE: L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT SELON LE DROIT INTERNE DU LIBAN ET DU CANADA :</b>	
Les multiples aspects d'une même notion .....	49
 <b><u>I- L'intérêt supérieur de l'enfant et les contextes socio-juridiques canadiens et libanais.</u></b> .....	49
A- L'organisation sociale.....	50
1. Au Liban .....	50
2. Au Canada .....	51
 B- Les systèmes juridiques .....	52
1. Du pluralisme confessionnel au pluralisme législatif libanais.....	53
2. Partage des compétences : <i>Loi sur le divorce</i> et <i>Code civil du Québec</i> .....	55
 C- Modalités d'interaction de la <i>Convention</i> avec le droit interne .....	56
1. Caractère <i>self-executing</i> de la <i>Convention</i> au Liban.....	56
2. Caractère non <i>self-executing</i> de la <i>Convention</i> au Canada.....	57



<b>II- La polysémie de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant</b> .....	62
<b>A- L'intérêt de l'enfant et le respect des droits et devoirs des parents</b> .....	62
<b>1. La puissance paternelle au Liban: un principe figé dans le temps</b> .....	63
a) <b>Attributs</b> .....	63
b) <b>Limites</b> .....	66
i) L'aptitude des parents .....	67
ii) La hadanah : droit de maternité .....	71
<b>2. L'autorité parentale au Québec: une notion en constante évolution</b> .....	73
a) <b>Attributs</b> .....	74
b) <b>Limites</b> .....	76
i) Légitimation de l'intérêt de l'enfant .....	76
ii) Redistribution du rôle des parents .....	80
<b>3. Les interprétations de l'intérêt l'enfant: convergences et divergences</b> .....	89
a) <b>Priorité accordée aux besoins de l'enfant</b> .....	91
b) <b>Aptitude du parent à prendre soin de l'enfant</b> .....	93
<b>B- L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux</b> .....	96
<b>1. Le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses parents: objectivation de l'intérêt de l'enfant</b> .....	98
a) <b>Droit implicite au maintien des relations familiales au Liban</b> .....	98
b) <b>Droit explicite de l'enfant au maintien des liens familiaux au Québec</b> .....	102
<b>2. La participation de l'enfant à l'évaluation de son intérêt: Le droit de faire connaître ses vues et d'intervenir dans les procédures</b> .....	106
a) <b>Le droit de faire connaître ses vues</b> .....	106
i) Le mutisme du droit libanais .....	107
ii) Une obligation en droit québécois .....	107
b) <b>Le droit de l'enfant à la représentation</b> .....	110

<b>3. Les interprétations de l'intérêt de l'enfant: convergences et divergences.....</b>	<b>112</b>
<b>CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....</b>	<b>115</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>117</b>

## INTRODUCTION

Pendant longtemps l'enfant n'a pas eu de statut juridique particulier. Considéré comme une possession des parents<sup>1</sup>, il ne faisait pas partie d'un groupe social distinct. Il était soumis au père dont l'autorité s'exerçait en fonction du pouvoir du chef de famille sur sa descendance.

Aujourd'hui encore, dans les sociétés dites traditionnelles qui continuent de privilégier le modèle patriarcal de la famille, l'enfant reste soumis à l'autorité paternelle. Dans d'autres sociétés où l'évolution des mœurs est plus rapide, la diversification des modèles familiaux contribue à affaiblir l'autorité paternelle, dans la mesure où le père ne représente plus la référence principale<sup>2</sup>.

Toutefois, quel que soit le degré d'enracinement des repères traditionnels, un changement d'attitude de la collectivité à l'égard de l'enfant est sensible depuis le début du siècle, nourri autant par la révolution socio-industrielle que par le développement de la réflexion sur les droits de l'homme. Désormais, l'enfant est reconnu comme appartenant à une catégorie sociale aux besoins spécifiques. C'est ainsi que se dessine la notion d'un intérêt propre à l'enfant liée à la satisfaction de ses besoins.

Parallèlement à cette évolution vers la reconnaissance du statut particulier de l'enfant, une volonté internationale d'harmonisation des principes essentiels applicables à l'enfant se

---

<sup>1</sup> Voir à ce sujet, Norbert ROULAND, «Cultural Dimensions of Kinship», dans EEKELAAR, John et Petar SARCEVIC (dir.), *Parenthood in Modern Society, Legal and Social Issues for the Twenty First Century*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 5, à la page 7.

<sup>2</sup> Voir : Monique OUELLETTE, «La protection de l'enfant en cas de dissolution de la famille», dans Eugène SCHAEFFER, *Protection juridique et sociale de l'enfant*, Bruylant, Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, 1993, p. 213 et N. ROULAND, *loc. cit.*, note 1, 13. L'auteur remarque que désormais, dans les sociétés occidentales, la famille est «nucléaire», ou «monoparentale», ou «reconstituée». Pour un tableau démographique plus particulier sur la situation familiale au Canada, Voir : Nicole MARCIL-GRATTON, *Grandir avec maman et papa? Les trajectoires familiales complexes des enfants canadiens*, Statistique Canada, Ottawa, Développement des ressources humaines Canada, juillet 1998.

manifeste. En effet depuis le début du siècle<sup>3</sup>, des efforts inlassables et renouvelés visent à identifier les besoins de l'enfant pour ensuite les définir en termes de droits<sup>4</sup>.

Ce consensus international sur les exigences relatives à l'enfance trouve son aboutissement dans la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (ci-après citée : «*Convention*»)<sup>5</sup> élaborée en 1989 et ratifiée par 191 pays à la date du 31 décembre 1998. Résultat d'une longue évolution sociale et juridique, la *Convention* témoigne d'une solidarité internationale dans le domaine de l'enfance.

Ses objectifs consistent à énoncer les droits civils, économiques, sociaux et culturels de l'enfant, mais aussi à insister sur la nécessité d'assurer son bien-être et de lui fournir une protection juridique appropriée<sup>6</sup>. Elle octroie à l'enfant un statut juridique particulier tout en le considérant comme l'objet d'une attention spéciale. C'est ainsi qu'elle consacre, à son article 3, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant comme «considération primordiale» dans toute question le concernant<sup>7</sup> qu'il s'agisse de situations impliquant ses droits ou son bien-être.

Or, un des attributs de ce bien-être, mentionné dans le Préambule de la *Convention*, est «l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension»<sup>8</sup>. La famille, quelle que soit la

---

<sup>3</sup> Maria Rita SAULLE, *The Rights of the Child: International Instruments*, New York, Transnational Publishers Inc., 1995, p. xiii.

<sup>4</sup> Ces efforts d'harmonisation des priorités relatives à l'enfance s'expriment dans divers instruments internationaux dédiés aux droits et libertés. *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Rés. A.G. 217 A(III), Doc. N.U. p. 71, 1948 (Résolution A/801), (ci-après citée «*Déclaration universelle*»); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107 et *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1966) 943 R.T.N.U. 13.

<sup>5</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc. off. A. G., 14<sup>e</sup> session, supp. n° 16, p. 19, Doc. N.U., 20 novembre 1989 (Résolution A/4354).

<sup>6</sup> *Id.*, préambule.

<sup>7</sup> *Id.*, art. 3.

<sup>8</sup> *Id.*, préambule.

définition qui lui est donnée<sup>9</sup>, constitue en effet la première cellule sociale que l'enfant découvre à sa naissance. Elle est le lieu principal de son développement et de sa formation physique et intellectuelle.

En outre, la famille est considérée historiquement comme l'unité structurale de base de tous les types de société humaine, bien que sa forme varie selon les époques et selon les modèles religieux et culturels présents à travers le monde<sup>10</sup>. Son importance est d'ailleurs reconnue dans l'article 16 paragraphe 3 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui énonce : «La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État»<sup>11</sup>. Cette affirmation, en justifiant d'avance l'intervention de l'État dans la vie familiale et dans celle des enfants, consacre la double dimension personnelle et sociale de la famille.

Enfin, vue selon la perspective de l'enfant, la famille est plus intimement définie en fonction de ses responsabilités, dont la plus importante consiste à assurer la protection et les besoins de l'enfant<sup>12</sup>. Entretenir, surveiller et éduquer les enfants sont des obligations tout naturellement assumées par les parents dans le cas d'une union harmonieuse<sup>13</sup>. Par contre, dans les situations de crise que représente la dissolution de la famille, des conflits

---

<sup>9</sup> Il n'existe pas de définition unique de la notion de famille. Cependant, *grosso modo*, la famille dite «nucléaire» qui comprend uniquement les deux parents correspond au modèle des sociétés occidentales, alors que dans les pays en développement, surtout en Afrique et en Asie du Sud, la famille «élargie» désigne les parents, les ascendants, les collatéraux et les alliés. Dans le premier cas, le père et la mère doivent assurer à l'enfant les conditions de développement convenables, alors que dans le deuxième cas, la grande famille avec tout son patrimoine fournit les moyens de subsistance de l'enfant. Voir à ce sujet: Tadeusz SMYCZYNSKI, «La définition de la famille en droit international public», dans Maurice TORRELLI (dir.), *La protection internationale des droits de l'enfant*, coll. «Travaux et recherches de l'Institut du droit de la paix et du développement de l'Université de Nice», La Haye, 1979, p. 91, à la page 93.

<sup>10</sup> Au sujet de l'aspect socio-économique de la famille, Voir : T. SMYCZYNSKI, *loc. cit.*, note 9, p. 98.

<sup>11</sup> *Déclaration universelle*, précitée, note 4, art. 16(3)

<sup>12</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité note 4, art. 10.

<sup>13</sup> De nos jours, ces obligations se partagent selon un commun accord entre les parents. Mais, traditionnellement, le père, par une activité exercée hors de la maison, assure la subsistance de la famille, alors que la femme s'occupe de l'entretien et de l'éducation des enfants. Sur le partage des tâches dans l'éducation des enfants, Voir : Bernard GAGNEBIN et Marcel RAYMOND (dir.), *J.J. Rousseau: Oeuvres complètes, Emile*, t. 4, Dijon, Bibliothèque de la Pléiade, 1969.

aigus peuvent surgir. Par conséquent, le concept de famille ainsi que son corollaire, le concept de dissolution de la famille, sont inévitablement au centre de toute réflexion sur l'enfant.

La dislocation de la famille par suite du divorce ou de la séparation des parents menace le bien-être de l'enfant qui perd sa stabilité matérielle et affective. Les décisions de garde et d'accès qui suivent inmanquablement toute rupture conjugale le mettent bien souvent au centre du conflit qui déchire ses parents. Quelle est alors l'approche préconisée par la *Convention* ? Comment aborder les questions de garde et d'accès sous le prisme particulier de la notion de l'intérêt de l'enfant, telle qu'elle se présente dans la *Convention* ?

Envisagées dans cette optique, ces questions mettent en cause un ensemble de problématiques qu'il importe d'examiner attentivement.

La première consiste à délimiter la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant face aux notions compétitives de protection et de droits de l'enfant, tant sur le plan historique de leurs émergences que sur le plan de leurs portées respectives au sein de la *Convention*.

Pour bien comprendre l'envergure du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est nécessaire de le replacer dans le contexte général des objectifs de la *Convention*. S'agit-il d'un principe dont l'universalité suppose une application uniforme ou doit-il être interprété en fonction du contexte socio-juridique de chaque pays ?

A cet égard, dès le Préambule, «l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant»<sup>14</sup> est définie comme l'un des objectifs globaux de la *Convention*. Cette affirmation est le résultat des discussions qui ont eu lieu durant les travaux préparatoires<sup>15</sup>. Dans la conjoncture de l'élaboration de la *Convention*, il aurait été impossible d'ignorer ou de refouler le poids des

---

14 *Ibid.*

15 Voir : Sharon DETRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the «Travaux préparatoires»*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992; M. R. SAULLE. *op. cit.*, note 3;

traditions de chaque culture. Par conséquent, si la *Convention* a vu le jour grâce à une intense interaction de cultures, de langues et de religions, elle a été aussi le résultat des inévitables compromis consentis par les représentants des pays au moment de la rédaction finale<sup>16</sup>. Dès lors, il faut se demander dans quelle mesure ces débats ont donné une signification plurielle à la notion de l'intérêt de l'enfant. C'est ce que nous entendons examiner.

Au sein de cette problématique générale concernant l'interprétation de la notion de l'intérêt de l'enfant, l'étude plus spécifique des questions de garde et d'accès permet de mieux centrer notre analyse. La garde et l'accès sont considérés comme une prérogative essentielle des parents tout en mettant en jeu les valeurs socioculturelles d'un pays. Ils englobent en effet un ensemble de droits et de devoirs qui permettent à l'enfant de recevoir les soins dont il a besoin mais aussi d'acquérir les convictions intellectuelles, morales et religieuses auxquelles adhèrent sa famille et la société. De plus, au moment de la dissolution de la famille la garde devient un instrument d'intervention judiciaire, puisqu'elle dépend de la décision d'un tribunal. Dans ce réseau complexe de forces agissantes, il convient de se demander si l'intérêt de l'enfant peut constituer le critère universel d'attribution de garde.

Pour illustrer les disparités entre les pays et dégager les divers éléments d'appréciation et d'évaluation de l'intérêt de l'enfant dans les situations d'attribution de garde et d'accès, une approche comparatiste entre le Liban et le Canada a été adoptée. Cette comparaison se justifie pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les deux pays se reconnaissent comme des sociétés multiculturelles, quoique leur organisation sociale et leur système juridique soient différents. Dans l'organisation sociale d'un pays, le mode de distribution des groupes culturels et ethniques est un indicateur pertinent des caractéristiques de son pluralisme social. Au Liban, l'État est bâti sur une structure sociale faite d'une mosaïque de communautés religieuses qui

---

<sup>16</sup> *Ibid.* Voir aussi: Philip ALSTON, «The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights», (1994) 8 *International Journal of Law and the Family* 1, 3.

coexistent en vertu d'un contrat social à caractère confessionnel<sup>17</sup>. La vie publique, à tous ses niveaux, est régie par le souci d'un partage équitable du pouvoir entre les confessions. Au Canada, le tissu social est aussi composé par une diversité d'ethnies qui toutefois cohabitent dans un espace civil homogène où l'origine culturelle et religieuse est, du moins aux yeux de l'État, une composante de la vie privée<sup>18</sup>.

Quant aux systèmes juridiques, leur confrontation révèle que le pluralisme communautaire au Liban a pour effet le pluralisme législatif, alors qu'au Canada, compte tenu du partage des pouvoirs entre le fédéral et le provincial, un régime juridique dualiste s'applique aux questions de garde et d'accès.

En deuxième lieu, la comparaison de ces deux pays illustre avantageusement deux approches culturelles différentes de l'intérêt de l'enfant : celle d'une société traditionnelle où les valeurs religieuses encadrent les activités familiales et celle d'une société industrialisée où les mutations sociales sont plus libres<sup>19</sup>.

Sans sous-estimer les capacités d'adaptation et d'innovation de ces deux espaces culturels, il est possible de formuler l'hypothèse que la notion de l'intérêt de l'enfant telle qu'entendue par la *Convention* ne peut acquérir une signification réelle qu'après son passage à travers la grille des systèmes culturels et juridiques de chaque pays.

En tenant compte des données et des variables susmentionnées, et pour fonder l'hypothèse posée, notre première partie sera consacrée à l'encadrement international de la notion de l'intérêt de l'enfant, d'abord à travers les différents instruments internationaux antérieurs à la *Convention*, puis dans le cadre plus particulier de cette dernière.

---

17 Charles RIZK, *Le régime politique libanais*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 3.

18 Voir : Peter S. LI (dir.), *Race and Ethnic Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1990.

19 N. ROULAND, *loc. cit.*, note 1, 9.



Pendant des années, les débats suscités par cette notion en sein de la *Convention* ont été dominés par deux thèmes majeurs concernant son ambiguïté terminologique et ce qui a été appelé son «relativisme culturel» à savoir son aptitude à être interprétée selon les différentes cultures<sup>20</sup>. Pour mieux comprendre les implications de cette notion, nous retracerons d'abord l'historique de l'élaboration de la *Convention* à travers ses enjeux politiques et culturels. Nous aborderons ensuite l'analyse terminologique détaillée de ce principe dans le cadre textuel de la *Convention* en prenant soin de bien mettre à jour son interdépendance avec les articles qui visent directement ou indirectement les questions de garde et d'accès. En ce qui concerne le «relativisme culturel», nous verrons que son influence sur la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas nécessairement restrictive mais peut être aussi dynamisante.

Dans notre deuxième partie nous adopterons une approche comparatiste qui permettra d'illustrer le caractère polysémique d'une «lecture culturelle» de cette notion à travers l'exemple du Liban et du Canada. Sans faire un parallèle systématique des dispositions légales de chaque pays, notre grille d'analyse aura une double dimension synchronique et diachronique. Au niveau synchronique, la comparaison des systèmes sociaux et juridiques du Liban et du Canada contribuera à identifier les acteurs et les conditions qui influent sur l'interprétation de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Au niveau diachronique, l'étude de l'intérêt de l'enfant sous les perspectives successives des droits et devoirs des parents, puis des droits spécifiques de l'enfant, révélera le cheminement de deux visions différentes de cette notion.

Dans notre analyse, nous nous appuierons sur les dispositions législatives et les décisions judiciaires en matière de garde et d'accès de chaque pays<sup>21</sup>. Compte tenu de l'existence de

---

20 Ces deux théories sont examinées en détails dans P. ALSTON, *loc. cit.*, note 16, 5.

21 Au Liban les tribunaux confessionnels préfèrent garder les dossiers confidentiels. En principe leur accès est réservé aux juristes reconnus par ces tribunaux. C'est grâce à des entrevues personnelles avec les responsables religieux des différentes communautés que nous avons pu nous procurer un échantillonnage limité des décisions des tribunaux chrétiens et druzes. En ce qui concerne les jugements des tribunaux de droit musulman hanafite, leur citation nous a été strictement interdite. Pour le Canada, en plus des décisions significatives de la Cour suprême, nous prenons généralement en considération les jugements des tribunaux du Québec à partir de l'année 1991 qui est l'année de la ratification de la *Convention* par le Canada.

plus d'une douzaine de confessions au Liban<sup>22</sup>, nous restreindrons notre propos aux dispositions législatives et aux décisions des tribunaux de confession chrétienne catholique<sup>23</sup>, grecque-orthodoxe, arménienne-orthodoxe, et de confession musulmane sunnite et druze<sup>24</sup>. Quant au Canada nous nous limiterons au droit québécois en nous référant au *Code civil du Québec* (ci-après cité : «*C.c.Q.*»), et à la *Loi sur le divorce*<sup>25</sup> au niveau fédéral.

Finale­ment, notre objectif ultime serait d'aboutir, à travers la démarche comparative, à une identification des critères constants et des critères divergents qui interviennent dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Quelles que soient les variables socio-juridiques, l'existence de dénominateurs communs prouve le caractère universel de ce principe, alors que la diversification de ses interprétations démontre sa flexibilité. Dans le même ordre d'idées mais avec une approche plus globale, la volonté d'intégrer une valeur préconisée par la *Convention* permet à chaque culture de réaliser l'universel.

---

22 Parmi les plus importantes, les communautés maronite, grecque-catholique, arménienne-catholique, latine, syrienne-catholique, chaldéenne, grecque-orthodoxe, arménien-orthodoxe, syrienne-orthodoxe, protestante, israélite, musulmane sunnite, musulmane chi'ite et druze.

23 La communauté catholique se compose des communautés maronite, grecque-catholique, arménienne-catholique, latine, syrienne-catholique et chaldéenne.

24 Il faudrait préciser que nous omettons toute référence à une communauté musulmane importante, celle de confession chi'ite. En effet, les textes du rite ja'afarite sur lesquels s'appuie cette communauté ne sont pas disponibles en français et ne peuvent être produits en annexe du présent mémoire.

25 L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

## **PARTIE I - L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT SELON LA CONVENTION : une notion à la recherche d'une définition**

La *Convention* est le résultat d'un effort de synthèse et de regroupement d'un ensemble de principes qui ont été développés à l'échelle mondiale. Si l'intérêt supérieur de l'enfant est aujourd'hui un des principes fondamentaux de la *Convention* (II), le sens et la portée juridiques de ce terme ont graduellement mûri, au niveau supranational, à travers divers instruments internationaux (I).

### **I- Encadrement international de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant**

Pour mieux comprendre l'encadrement international de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, il convient d'examiner les instruments antérieurs à la *Convention* (A), avant d'analyser les circonstances de l'élaboration de la *Convention* (B).

#### **A- Étapes antérieures à la *Convention***

La dimension internationale de l'intérêt de l'enfant va s'imposer en association avec le concept des droits de l'enfant. En effet, ces deux notions visent à faire prévaloir sur les droits des parents la protection de l'enfant au nom de son intérêt personnel. Quelle est donc la genèse et l'évolution du principe des droits de l'enfant (1), et celles de la notion de l'intérêt de l'enfant dans les instruments internationaux (2) ?

#### **1. Premières manifestations juridiques des droits de l'enfant**

Avant même le début de toute manifestation des principes relatifs à l'enfance, la prise de conscience de son besoin de protection est une étape charnière importante. En effet, à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, l'enfant n'est plus considéré comme un adulte en miniature<sup>26</sup>; c'est un être

---

<sup>26</sup> A ce sujet voir les théories de St Thomas d'Aquin, Jean Bodin, Thomas Hobbes et John Locke dans Cynthia PRICE COHEN, «The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism», dans Michael FREEMAN et Philip VEERMAN (dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 53, à la page 58.

distinct, mais en devenir, qui a besoin d'aide et de protection. Pour les philosophes du XVIIIe siècle tel que Jean-Jacques Rousseau<sup>27</sup>, la famille offre cet espace protégé qui préserve la vulnérabilité d'un être privé de la pleine possession de ses moyens tout en étant le lieu de transmission de l'héritage culturel et social<sup>28</sup>.

Avec l'avènement de la révolution industrielle et face aux conditions de travail des enfants<sup>29</sup>, la nécessité de les protéger dépasse le cadre familial et devient l'objet d'une préoccupation nationale<sup>30</sup>. Il faudra néanmoins attendre le début du siècle pour voir émerger au niveau international un mouvement de protection de l'enfant qui se penche prioritairement sur l'amélioration des conditions de travail qui lui sont imposées. Ce mouvement aboutit à l'élaboration par l'Organisation internationale de travail (OIT), d'une Convention établissant un âge minimum de travail pour l'enfant dans le secteur industriel<sup>31</sup>.

Ces interventions nationales et internationales posent les premiers jalons d'une reconnaissance de l'enfant comme objet de droit et ouvrent la voie à d'autres instruments internationaux.

#### **a) De la protection de l'enfant...**

L'initiative d'une démarche effective pour une protection globale de l'enfant revient à Eglantyne Jebb, fondatrice du Fonds international de secours aux enfants, avec le soutien

---

<sup>27</sup> B. GAGNEBIN et M. RAYMOND (dir.), *op. cit.*, note 13, p. xiii.

<sup>28</sup> C. PRICE COHEN, *loc. cit.*, note 26, 59.

<sup>29</sup> D'ailleurs Émile Zola dénonce, vers la fin du XIXe siècle, les conditions de travail des ouvriers et des enfants qui existaient à l'époque dans son roman *Germinal*. Voir dans Émile ZOLA, *Les Rougon-Macquart*, t. 1, Dijon, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, pp. 1132-1938.

<sup>30</sup> Certains États interviennent pour protéger l'enfant dans des situations ponctuelles précises. En France, par exemple, de nombreux textes sont adoptés en vue d'une double protection du mineur: sociale d'une part, telle la *Loi sur le travail des enfants du 19 mai 1874*, et au sein de la famille d'autre part telle la *Loi du 24 juillet 1889* qui est prise pour la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. À ce sujet Voir : Patricia BUIRETTE, «Réflexions sur la *Convention relative aux droits de l'enfant*», (1990) *Revue belge de droit international* 54, 59.

<sup>31</sup> *Convention n° 5 fixant l'âge minimum d'admission des enfants aux travaux industriels*, (1949) R.T.N.U. 83; *Convention n° 7 fixant l'âge minimum d'admission minimum des enfants au travail maritime*, (1949) R.T.N.U. 111.

de la Croix rouge<sup>32</sup>. Préoccupées par l'état de misère et d'abandon dans lequel se trouvent les enfants au sortir de la première guerre mondiale, ces deux organisations créent l'Union internationale de secours à l'enfance, qui s'attelle à la rédaction d'un premier code des droits de l'enfant qui ne se veut pas un texte législatif mais un document sous forme de déclaration intitulée *Déclaration de Genève*<sup>33</sup>.

Son objectif est d'énoncer des principes fondamentaux relatifs à l'enfant et de définir les devoirs des adultes envers eux<sup>34</sup>. Bien que l'expression «droits de l'enfant» y apparaisse pour la première fois, mis à part le titre, elle n'est utilisée nulle part ailleurs dans le texte. Quant au terme «protection», il n'est mentionné qu'en relation avec les formes d'exploitation de l'enfant<sup>35</sup>.

---

32 Philip VEERMAN, *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*. Norwell. Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 155.

33 Cette déclaration acquiert une valeur internationale en 1924 lorsque les cinquante États membres de la Société des Nations l'adoptent dans son intégralité sous le nom de *Déclaration des droits de l'enfant*. (dite: «Déclaration de Genève»), S.D.N., J.O., supp. spécial n° 23, Actes de la cinquième Assemblée, séances plénières, compte rendu des débats, Genève, 1924, p. 181:

«Par la présente Déclaration des Droits de l'Enfant, dite Déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations, reconnaissant que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirment leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité et de croyance :

1. L'Enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement.
2. L'Enfant qui a faim doit être nourri, l'enfant malade doit être soigné, l'enfant arriéré doit être encouragé, l'enfant dévoyé doit être ramené, l'orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus.
3. L'Enfant doit être le premier à recevoir des secours en temps de détresse.
4. L'Enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation.
5. L'Enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères.»

De plus, elle est accompagnée d'une résolution précisant que les États membres doivent se référer aux principes de la déclaration dans toute question concernant le bien-être de l'enfant dans leur pays. Voir à ce sujet: P. VEERMAN, *op. cit.*, note 32, p. 156.

34 *Ibid.*

35 *Déclaration de Genève*, précitée, note 33, principe 4. Cette déclaration veut compléter les mesures de protection de l'enfant relatives aux conditions de travail déjà prévues par les conventions de l'OIT. précitées, note 31.

Ce premier instrument quoique aux objectifs limités, avait néanmoins le mérite de mettre en lumière les principes essentiels applicables à l'enfant et d'apporter la preuve qu'un certain consensus international pouvait être atteint dans ce domaine<sup>36</sup>.

Dans le parcours qui mène vers l'établissement des droits de l'enfant, la *Déclaration universelle* est également une étape importante pour une raison essentielle : elle consacre le caractère universel et permanent du respect de la dignité de la personne humaine<sup>37</sup>. Comme elle s'applique à tous les êtres humains, elle s'applique aussi aux enfants tout en introduisant deux perspectives nouvelles. D'une part, en mentionnant la nécessité d'accorder une protection spéciale à la mère et à l'enfant<sup>38</sup>, elle identifie des droits associés à un certain groupe de population et confirme indirectement l'existence de droits de l'enfant. D'autre part, elle élargit la portée du concept de «protection», en prohibant toute forme de discrimination fondée sur la naissance<sup>39</sup>.

#### **b) ...Vers les droits de l'enfant**

C'est la *Déclaration des droits de l'enfant* (ci-après citée «*Déclaration de 1959*»)<sup>40</sup> qui sera le premier texte international<sup>41</sup> à se référer explicitement à l'enfant en tant que détenteur de droits tout en lui reconnaissant à l'instar de la *Déclaration universelle*, la nécessité d'une

---

36 P. VEERMAN, *op. cit.*, note 32, p. 156.

37 Joaquin RUIZ-GIMÉNEZ, «The Human Rights of the Child», (1993) 50 *International Commission of Jurists* 81, 82.

38 *Déclaration universelle*, précitée, note 4, art. 25(2).

39 *Ibid.*:

«(...) Tous les enfants qu'ils soient nés dans le mariage ou hors le mariage, jouissent de la même protection sociale.»

40 *Déclaration des droits de l'enfant*, A. G. Rés. 1386 (XIV), Doc. Off. A. G., 14<sup>e</sup> session, supp. n° 16, p. 19, Doc. N.U., 1959 (Résolution A/4354).

41 La deuxième guerre mondiale et la dissolution de la Société des Nations mettent provisoirement en péril le statut de la *Déclaration de Genève*. Toutefois, dès sa création, et à la veille de l'adoption de la *Déclaration universelle*, l'organisation des Nations Unies constate la nécessité d'élaborer une nouvelle déclaration relative aux droits de l'enfant. C'est ainsi que la *Déclaration de 1959* vient remplacer la *Déclaration de Genève*. J. RUIZ-GIMÉNEZ, *loc. cit.*, note 37, 82.

protection spéciale<sup>42</sup>. En fait, elle réussit à reformuler les principes de la *Déclaration de Genève* en termes de «droits»<sup>43</sup>. En effet, dès la première disposition, elle appelle à la reconnaissance et à la jouissance des droits qu'elle énumère<sup>44</sup>. De plus, la mention au principe 3 du droit de l'enfant à avoir un nom et une nationalité<sup>45</sup> annonce l'apparition des premiers droits civils associés à l'enfant<sup>46</sup>.

En dépit de l'intention protectrice qui inspire généralement ses dispositions<sup>47</sup>, la *Déclaration de 1959* représente un vrai code des droits de l'enfant<sup>48</sup> qui se révèle être une source de référence pour les traités et les instruments ultérieurs. A titre d'exemples,

---

42 *Déclaration de 1959*, précitée, note 40, principe 2. La protection de l'enfant est également envisagée dans certaines situations bien ciblées : l'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation et ne doit pas être soumis à la traite sous quelque forme que ce soit (principe 9). De plus, il doit être protégé contre les pratiques qui impliquent une discrimination raciale, religieuse ou autre (principe 10).

43 *Déclaration de 1959*, précitée, note 40, préambule:

«[...]»

Considérant que l'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même

L'Assemblée générale

Proclame la présente Déclaration des droits de l'enfant afin qu'il ait une enfance heureuse et bénéficie, dans son intérêt comme dans l'intérêt de la société, des droits et libertés qui y sont énoncés; elle invite les parents, les hommes et les femmes à titre individuel, ainsi que les organisations bénévoles, les autorités locales et les gouvernements nationaux à reconnaître ces droits et à s'efforcer d'en assurer le respect au moyen de mesures législatives et autres adoptées progressivement en application des principes suivants [...].»(Nous soulignons)

44 *Id.*, principe premier:

«L'enfant doit jouir de tous les droits énoncés dans la présente Déclaration. Ces droits doivent être reconnus à tous les enfants sans exception aucune, et sans distinction ou discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou sur toute autre situation, que celle-ci s'applique à l'enfant ou à sa famille.» (Nous soulignons)

45 *Id.*, principe 3.

46 Ce principe est une extension de l'article 15(1) de la *Déclaration universelle*, précitée, note 4.

47 Voir les principes 4, 5, 6, 7 de la *Déclaration de 1959*, précitée, note 40.

48 Marie-Josée BERNARDI, *Le droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 36.

mentionnons le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>49</sup> et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>50</sup>.

Ces deux pactes, élaborés une quinzaine d'années plus tard, constituent des instruments juridiques importants car ils ont force obligatoire<sup>51</sup> pour les États parties et ils couvrent une bonne partie des protections octroyées par la *Déclaration des droits de l'enfant*<sup>52</sup>. Notons plus particulièrement que le *Pacte international sur les droits civils et politiques*, mentionne spécifiquement à son article 23, la protection de l'enfant en cas de dissolution de la famille<sup>53</sup>. Il affirme aussi dans l'article 24 que tout enfant a droit de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exigent sa condition de mineur, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance<sup>54</sup>. Dans ce dernier pacte, les notions de «protection» et de «droits» sont accompagnées d'une énumération des responsables chargés d'assumer cette protection, à savoir la famille, la société et l'État.

De cette brève revue des normes internationales, il ressort trois constatations majeures. Un changement subtil de perspective se dessine qui, de l'optique de la protection de l'enfant s'oriente vers celle des droits de l'enfant. Les instruments élaborés se divisent en deux catégories quant à leur nature; d'une part, ceux qui comprennent les documents internationaux consacrés uniquement aux droits de l'enfant et d'autre part, ceux qui

---

49 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité, note 4.

50 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 4.

51 «Quand un État conclut (ratifie) un traité, il passe un accord international avec tous les autres États qui l'ont ratifié: il s'engage vis-à-vis de ses partenaires à respecter réellement les dispositions du traité. L'adage très courant dans le droit, 'Pacta sunt servanda' est également d'application entre les États au niveau international.» Voir : Eugene VERHELLEN, *La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant: contexte/historique, motifs, stratégies, grandes lignes*, Mai 1998 (Projet en cours de rédaction), p. 67; Eugene VERHELLEN, *Convention on the Rights of the Child: Background, Motivation, Strategies, main Themes*, 2e ed, Leuven, Garant, 1997.

52 Ainsi, le *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels* précité, note 4, offre à son article 10 une protection et une assistance à tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres. Il met également l'accent sur la protection de l'enfant contre l'exploitation économique et sociale

53 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 4, art. 23.

54 *Id.*, art. 24.



englobent les instruments juridiques internationaux dont une ou plusieurs dispositions concernent l'enfant. Ils se divisent aussi en deux groupes quant à leur forme; les simples déclarations d'intention et les instruments internationaux qui ont une force contraignante.

Au cours des étapes de cette évolution du principe des droits de l'enfant, la notion de l'intérêt de l'enfant acquiert graduellement la valeur d'un principe fondamental et s'impose à son tour dans nombre d'instruments internationaux.

## **2. Premières manifestations juridiques de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant**

L'apparition de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, au niveau national, est antérieure à celle des droits de l'enfant, que ce soit dans les pays de la Common Law<sup>55</sup> ou dans les pays de droit civil<sup>56</sup>. Son origine est plutôt d'inspiration circonstancielle. En effet, lors de ses premières invocations, dans le domaine des législations du travail et de l'éducation de l'enfant, l'intention n'est pas tant la protection de l'intérêt de l'enfant *per se*, que celle de la protection et du maintien de l'intérêt social en général<sup>57</sup>. Ce n'est qu'au début du XXe siècle que l'intérêt spécifique de l'enfant en tant que principe s'implante solidement dans le contexte des relations parents/enfants<sup>58</sup>, avant même toute reconnaissance formelle de l'existence de droits de l'enfant.

---

55 Philip ALSTON, *The Best Interests of the Child: Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, Florence, Innocenti Studies, 1996, p. 3.

56 Voir à ce propos, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «The Best Interests Principle in French Law and Practice», dans ALSTON, Philip, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 259, à la page 260.

57 John EEKELAAR, «The Emergence of Children's Rights», (1986) 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 181, 186; et P. ALSTON, *op. cit.*, note 55, p. 4.

58 En Grande Bretagne, par exemple, le *Guardianship of Infants Act* de 1925 précise que l'intérêt de l'enfant doit être la considération principale dans les décisions concernant l'attribution de la garde. Voir : Isabelle SAUVÉ, «L'autorité parentale : un droit ou un devoir...pour qui!», dans *L'autorité parentale : un droit et un devoir...pour qui?*, Prix Charles-Coderre 1984, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 123, à la page 149. Le Code Napoléon prévoit aussi à la même époque qu'en cas de divorce, l'enfant soit confié à celui qui obtient le divorce à moins que son meilleur intérêt exige qu'il soit confié à l'autre époux ou à un tiers. J. RUBELLIN-DEVICHI, *loc. cit.*, note 56, 261.

Au niveau international, les deux notions de «droits de l'enfant» et «intérêt de l'enfant» prennent leur essor ensemble et exhibent un cheminement identique. Elles demeurent historiquement liées et se présentent, comme nous allons le voir, solidairement dans la plupart des instruments internationaux. Il faut toutefois remarquer que l'intérêt de l'enfant bénéficie fréquemment d'une place distincte associée aux questions de relations familiales. De plus, il présente par rapport au concept de «droits de l'enfant» qui s'articule sous forme de normes objectives, une fonction circonstancielle qu'il convient d'examiner.

La présence de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant doit donc être envisagée, dans les instruments internationaux, sous deux volets: d'abord dans le contexte de protection générale accordée à l'enfant, ensuite par rapport aux dispositions particulières visant les liens familiaux.

#### **a) Dans le contexte de protection générale accordée à l'enfant**

Dans le premier instrument international entièrement dédié à l'enfance, à savoir la *Déclaration de Genève* de 1924, une formule lapidaire, souvent vue comme la genèse de la notion du meilleur intérêt de l'enfant<sup>59</sup>, considère «que l'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même»<sup>60</sup>. Il s'agit là d'une intention de faire le bien dans le cadre des garanties fondamentales octroyées à l'enfant, sans aucune allusion spécifique à son intérêt personnel.

C'est la *Déclaration de 1959* qui introduit explicitement la notion de l'intérêt de l'enfant dans une optique globale. Dans le principe 2, elle est présentée avec une énumération précise de ses divers motifs d'application<sup>61</sup>. En effet, pour donner à l'enfant les

---

<sup>59</sup> P. ALSTON, *op. cit.*, note 55, p. 4.

<sup>60</sup> *Déclaration de Genève*, précitée, note 35, préambule.

<sup>61</sup> *Déclaration de 1959*, précitée, note 40, principe 2. Le principe dans sa formulation intégrale se lit comme suit:

«L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral spirituel et social, dans des conditions de liberté et

opportunités et les facilités nécessaires à son développement physique, mental, spirituel et social, dans des conditions normales de bonne santé, de liberté et de dignité, «l'intérêt supérieur de l'enfant» doit être «la considération déterminante» dans toutes démarches législatives en ces matières<sup>62</sup>. Elle réapparaît au principe 7 où il est souligné qu'elle doit être le guide de ceux qui sont responsables de l'éducation et de l'orientation de l'enfant, en l'occurrence les parents<sup>63</sup>. Par sa reprise et par son insertion dans le cadre plus précis des relations parents/enfants, l'intérêt de l'enfant reçoit déjà une emphase et une autonomie de fonction nettement différenciées par rapport aux droits de l'enfant en général.

De la comparaison de ces deux instruments, il ressort clairement qu'en une trentaine d'années, l'obligation morale et altruiste de l'humanité d'offrir à l'enfant ce qu'elle a de mieux, devient une obligation légale de faire ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant dans les domaines précis de sa vie et de sa formation<sup>64</sup>. L'intérêt de l'enfant semble ainsi acquérir dans le principe 7, une sorte de spécialisation orientée vers le domaine des questions familiales où il va devenir une notion quasi incontournable dans nombre d'instruments postérieurs à la *Déclaration de 1959*.

#### **b) Dans le contexte des relations familiales**

Parmi ces instruments, la *Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes*<sup>65</sup> se réfère à la notion de l'intérêt de l'enfant à trois reprises: respectivement en matière d'éducation, de relations familiales, et de garde. Étant donné la responsabilité commune des hommes et des femmes dans l'éducation et le développement de leurs enfants, l'article 5(b) affirme que dans tous les cas, «l'intérêt de l'enfant est la

---

de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante.» (Nous soulignons)

62 *Ibid.*

63 *Id.*, principe 7 al. 2.

64 John EEKELAAR, «The Importance of Thinking that Children Have Rights», (1992) 6 *Journal of Law and the Family* 221, 222.

65 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. N.U., 18 décembre 1979 (Résolution 34/180).

condition primordiale» dont il faut tenir compte<sup>66</sup>. De façon similaire, l'article 16(1)(d) rappelle que dans les questions concernant le mariage et les relations familiales, «l'intérêt de l'enfant doit être la considération principale»<sup>67</sup>, et l'article 16(1)(f) assure de la nécessité de l'application de cette notion dans toutes décisions de tutelle, de curatelle et de garde<sup>68</sup>. Il semble qu'à travers l'ordre de succession de ces articles, le champ d'application de la notion de l'intérêt de l'enfant se subdivise en des catégories de plus en plus spécialisées pour finalement aborder directement les questions de garde.

Les problématiques soulevées par la garde sont également traitées dans la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants*<sup>69</sup> et dans la *Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur le plan national et international*<sup>70</sup>. Le premier de ces instruments qui se penche sur le drame des enfants enlevés, déplacés ou retenus illicitement réitère dans son préambule l'impératif de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant pour toute question relative à sa garde. Le deuxième prévoit «l'intérêt bien compris de l'enfant» comme «la considération primordiale» dans toutes les questions relatives au placement de l'enfant<sup>71</sup>. De surcroît, il délimite les critères essentiels qui interviennent dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant tels ses droits à la sécurité et à l'assistance continue, mais aussi ses besoins d'affection. Il s'agit de la première apparition d'une disposition qui va au-delà des garanties physiques et matérielles généralement octroyées à l'enfant. La prise en compte de

---

66 *Id.*, art. 5(b).

67 *Id.*, art. 16(1)(d).

68 *Id.*, art. 16(1)(f).

69 *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35.

70 *Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur le plan national et international*, Doc. N.U., 3 décembre 1986 (Résolution 4185).

71 *Id.*, art. 5:

«Pour toutes les questions relatives au placement de l'enfant auprès de personnes autres que ses parents naturels, l'intérêt bien compris de l'enfant, en particulier son besoin d'affection et son droit à la sécurité et à des soins continus, doit être la considération primordiale». (Nous soulignons)

la qualité des rapports émotionnels entre parents et enfants révèle une nouvelle approche favorable à un équilibre entre besoins matériels et affectifs, jugé désormais indispensable au développement harmonieux de l'enfant.

Notons que si l'intérêt de l'enfant est, jusque là, clairement associé aux questions de relations familiales et de garde, aucun de ces instruments internationaux ne mentionne explicitement la situation de la dissolution de la famille. C'est un instrument régional, la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*<sup>72</sup>, signé entre les États du continent américain, qui fait mention pour la première fois en 1969, d'une corrélation directe entre la dissolution du mariage et l'entrée en action du principe de l'intérêt de l'enfant. Tout en insistant sur la responsabilité commune des deux parents dans l'accomplissement de leurs fonctions, cette Convention précise que les dispositions prises pour assurer la protection des enfants après l'éclatement de la famille doivent tenir compte uniquement de leur intérêt supérieur<sup>73</sup>.

Dans ce même contexte de dissolution de la famille, un autre instrument régional, la *Convention européenne du Luxembourg sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants*<sup>74</sup> reconnaît, dès son préambule, que «la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant est d'une importance décisive en matière de décisions concernant sa garde»<sup>75</sup> et considère que «l'institution de mesures destinées à faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions concernant la garde d'un enfant aura

---

72 *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, également appelée «Protocole de Buenos Aires», Doc. off. O.E.A., Ser K/XVI/1.1.

73 *Id.*, art.17. al. 4:

«[...]les États parties prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et la balance judicieuse des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer la protection nécessaire aux enfants, en fonction uniquement de leur intérêt et de leur bien-être». (Nous soulignons)

74 *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, Luxembourg le 20 mai 1980, série des Traités européens, no 105; Rapport explicatif de la *Convention européenne en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980.

75 *Id.*, préambule.

pour effet une meilleure protection de l'intérêt des enfants»<sup>76</sup>. Premier instrument entièrement dévolu aux questions de garde, l'apport de cette Convention dans le domaine du droit familial et de la relation parents/enfants est donc essentiel tant sur le plan historique que sur le plan du détail de ses dispositions.

Au terme de cette étude de quelques exemples d'instruments internationaux, il apparaît donc que l'intérêt de l'enfant est un concept reconnu et présent dans divers instruments visant les droits de la personne. Posé dans une perspective globale dès *la Déclaration de 1959*, il est régulièrement repris dans le contexte des relations parents/enfants, plus spécifiquement dans les circonstances de garde.

Il reviendra justement à la *Convention*<sup>77</sup> de confirmer la solidarité des deux notions de droits et d'intérêt de l'enfant en les regroupant dans un seul instrument et en homogénéisant leur formulation<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Précitée, note 5.

<sup>78</sup> Entre «l'intérêt de l'enfant» et «l'intérêt supérieur de l'enfant», d'une part, et «la considération principale», «la considération primordiale» et «la considération déterminante» d'autre part, il est permis de se demander si cette diversité correspond à des nuances juridiques différentes ou s'il s'agit de pures variations stylistiques.

## B- Convention relative aux droits de l'enfant: un texte singulier

L'idée d'une Convention internationale est suggérée pour la première fois en 1978 par la Pologne à l'occasion de l'année internationale de l'enfant prévue pour 1979. Cette proposition polonaise s'appuie sur les rapports des divers organismes de l'époque qui font état de la persistance d'abus et de négligence à l'égard des enfants de tous les pays du monde<sup>79</sup>. L'élaboration d'un instrument contraignant qui énonce des obligations juridiques spécifiques à l'égard des États signataires pourrait aider au renforcement de la protection de l'enfant<sup>80</sup>. Cependant, le projet présenté par la Pologne ne semble pas satisfaisant<sup>81</sup> car il se contente de reprendre dans ses grandes lignes la *Déclaration de 1959* en y ajoutant, toutefois, un mécanisme de contrôle<sup>82</sup>. Or, certains États ne manquent pas d'attirer

---

79 En Amérique latine par exemple, 26 millions d'enfants de moins de six ans vivaient dans une pauvreté absolue. Selon l'Organisation internationale du travail, 88 millions d'enfants à travers le monde travaillaient dans des conditions dangereuses pour leur santé. En Afrique de Sud, le gouvernement admettait que des milliers d'enfants étaient détenus sans avoir eu droit à un procès. Aux États-Unis, à la même époque les enfants représentaient le groupe d'âge le plus défavorisé avant les aînés. Michael JUPP, «The UN Convention on the Rights of the Child: An Opportunity for Advocates», (1990) 12 *Human Rights Quarterly*: 130, 133-135.

80 Certains pays font d'ailleurs une remarque en ce sens. Voir : *Les observations de Madagascar*, dans Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 35e session, Doc. N.U., E/CN4/1324, 27 décembre 1978, p. 16, §1.

81 Riad DAOUDI, «La codification des droits de l'enfant: analyse des prises de position gouvernementales», dans M. TORRELLI (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 23, 23-25 et P. VEERMAN, *op. cit.*, note 32, p. 181.

82 C'est à l'article 43 que la *Convention*, précitée, note 5, institue le Comité des droits de l'enfant:  
«1. Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après. [...]».

Ce mécanisme de contrôle n'est cependant pas très développé. Il ne permet ni de déposer des plaintes individuelles ou interétatiques, ni de soumettre un quelconque différend à la Cour de justice. De plus, il est à noter que le Comité des droits de l'enfant n'est pas le seul ni même le premier organe international à voir au respect des droits de l'enfant. On retrouve en effet, au sein de l'ONU, plusieurs organes internationaux de défense des droits de l'homme, tels la Commission des droits de l'homme et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui contribuent, dans leur propre domaine de compétence, au respect des droits de l'enfant. Selon les Nations Unies, «[l]a création du Comité des droits de l'enfant en vertu de l'article 43 de la Convention est venue renforcer l'activité de ces organes en faveur des enfants». Voir : ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Fiches d'information N° 10 (Rev.1), Les droits de l'enfant*, Genève, avril 1997, pp. 4-5. Pour plus d'informations sur le Comité des droits de l'enfant Voir : Marta SANTOS PAIS. «Comité des droits de l'enfant», (1991) 47 *Bulletin des droits de l'homme* 32.

l'attention sur l'apparition de données nouvelles<sup>83</sup>. D'abord, la future convention devrait s'aligner sur les nombreux accords internationaux déjà existants qui comportent des réglementations dans des domaines spécifiques à l'enfance<sup>84</sup>. Ensuite, elle devrait tenir compte des bouleversements qui ont affecté la conception de la famille dans de nombreuses sociétés. Enfin, elle devrait accueillir les suggestions et les contributions des États qui n'étaient pas membres des Nations Unies en 1959<sup>85</sup>.

## 1. Aperçu historique

Une fois saisie du projet, l'organisation des Nations Unies décide de le renvoyer devant la Commission des droits de l'homme avec pour mandat l'organisation d'un Groupe de travail présidé par la Pologne et chargé d'étudier la reformulation du projet présenté<sup>86</sup>. Dès lors, les travaux préparatoires pour l'élaboration et la rédaction de la *Convention* vont démarrer au sein de cette Commission<sup>87</sup>.

---

83 Voir les *observations de la Norvège* dans Doc. N.U. E/CN4/1324, 27 décembre 1978, p. 18 et les *observations des Pays-Bas*, dans Doc. N.U., 35e session, E/CN4/1324, 27 décembre 1978, p. 19 § 1 & 2.

84 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité, note 4; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité, note 4; *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, précitée, note 65.

85 Voir les *observations de la Norvège*, précitées, note 83, p. 9.

86 C'est sur un second projet de convention préparé par la Pologne que le travail de codification va commencer. Il s'agit cette fois d'un texte plus complet avec Préambule, 20 articles, et une section consacrée aux procédés de contrôle, Voir : Cynthia PRICE COHEN et Hedwin NAIMARK, «United Nations Convention on The Rights of the Child», (1991) 46 *Am. Psychologist* 60, 61.

87 Le groupe de travail chargé de l'élaboration de la Convention est un corps auxiliaire de la Commission des droits de l'homme, par conséquent, il est constitué des mêmes membres. Les 43 sièges sont répartis géographiquement avec 10 sièges pour l'Occident, 5 pour les pays de l'Est. 11 pour l'Afrique, 9 pour l'Asie et 8 pour l'Amérique latine. Parmi les 43 membres, l'organisation d'une rotation entre les représentants des différents États appartenant à une même région géographique est possible. Voir : David JOHNSON, «Cultural and Regional Pluralism in the Drafting of the UN Convention on the Rights of the Child», dans FREEMAN M. et P. VEERMAN (dir.), *op. cit.*, note 26, p. 95, à la page 96. Des observateurs d'autres États intéressés, des délégués de différentes agences intergouvernementales (OIT, UNICEF etc.) ou non gouvernementales au statut de membres consultatifs au sein du Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) sont également invitées à participer aux consultations et à soumettre leur proposition.



Dix années de débats, consignés par les procès verbaux des travaux préparatoires<sup>88</sup>, révèlent le cheminement des idées et des objectifs de la *Convention* ainsi que l'immense brassage de cultures, de langues, de religions et de systèmes juridiques différents. Malgré le nombre élevé des intervenants et des questions abordées, les débats se sont essentiellement ordonnés par rapport à ce qu'on pourrait appeler les enjeux politiques d'une part (a) et culturels d'autre part (b). L'analyse de ces enjeux met en lumière les controverses suscitées et l'approche méthodologique adoptée par la Commission pour apporter une solution acceptable pour tous.

### a) Enjeux politiques

Les enjeux politiques sont dominés par le désaccord idéologique entre les pays de l'Est et de l'Ouest, au sujet de la priorité à accorder, selon les premiers, aux droits économiques, sociaux et culturels, ou selon les seconds, aux droits civils et politiques<sup>89</sup>. Ce débat va ralentir pendant plusieurs années les travaux de la Commission, d'autant que les arguments soulevés de la part des États-Unis pour la liberté d'opinion, de religion, ou d'association des enfants, et ceux apportés par la Pologne pour la détermination de standards élevés d'éducation et de soins de santé, sont souvent présentés de façon à discréditer l'adversaire et à décourager les alliés éventuels<sup>90</sup>.

La tension politique va finalement être désamorcée aux milieux des années 80 par le relâchement de la guerre froide qui permet de clore ce débat avec pour résultat, l'intégration dans la *Convention* de toutes les catégories de droits de l'enfant sans aucune forme de hiérarchisation. La fin de la guerre froide aura aussi le mérite de replacer les discussions

---

<sup>88</sup> S. DETRICK, *op. cit.*, note 15.

<sup>89</sup> En effet, malgré l'intérêt réel de la Pologne pour le bien-être et les droits de l'enfant, son initiative semble avoir, à l'époque, une coloration politique. Elle exhibe une volonté d'engagement dans la campagne internationale de promotion des droits de la personne, mais elle se fait en faveur d'une catégorie de la population dont les droits peuvent aisément se limiter aux domaines socio-économiques et culturels, l'enfant par son statut de mineur n'ayant pas de droits politiques. Pour leur part, les États-Unis et leurs alliés insistent dès le début sur l'égalité importance des droits civils et politiques, alors que les pays du bloc communiste tâchent d'imposer la prééminence des droits économiques et sociaux. Voir : P. ALSTON, *loc. cit.*, note 16, 1, 6-7.

<sup>90</sup> *Id.*, 1, 6.

dans leur cadre véritable, à savoir la conciliation des disparités entre les différentes valeurs socioculturelles concernant la conception de l'enfant d'une part, et le choix de la méthode de codification d'autre part. Ce n'est donc pas une pure coïncidence si la participation des pays du Tiers Monde dans le processus de rédaction s'est accentuée après les années 85/86, un grand nombre d'entre eux hésitant auparavant à s'impliquer, de crainte d'être obligés de prendre partie pour l'un ou l'autre bloc politique<sup>91</sup>.

## b) Enjeux culturels

Étant donné le nombre de pays et de cultures représentés aux Nations Unies<sup>92</sup>, les enjeux soulevés sont nombreux et contradictoires. En réalité, ils se réfèrent presque tous à une problématique plus générale qui s'interroge sur le caractère universel ou relatif des valeurs humaines, et des droits de la personne en particulier.

Depuis le début du XXe siècle, l'idéologie dominante des instruments internationaux sur les droits et libertés favorise le caractère universel des droits de l'homme au-delà des différences de race, de sexe et de religion. Cette universalisation des normes risque d'être un processus dangereusement unidimensionnel lorsqu'elle s'appuie sur une conception de la dignité humaine issue de la philosophie occidentale qui ne correspond pas nécessairement à celle vécue dans d'autres cultures. De plus, les représentants des pays industrialisés fonctionnent avec leurs propres concepts qui sont ceux de la population qu'ils représentent. Les délégués des pays du Sud, quant à eux, arrivent tard<sup>93</sup> dans le forum international et doivent manipuler des idées et des valeurs non familières tout en opérant avec avec le quart des ressources financières et humaines des pays du Nord<sup>94</sup>.

---

91 P. ALSTON, *loc. cit.*, note 89, 7.

92 Le nombre d'États parties s'élève aujourd'hui à 193 pays.

93 *Ibid.* Le ralliement tardif des pays du Sud a longtemps fait craindre un texte «eurocentriste», dominé par les préoccupations des pays occidentaux.

94 Parmi les pays en développement, l'Argentine, le Brésil, l'Empire de Centre Afrique, la République Dominicaine, l'Inde ont été des délégués réguliers. Cependant comment compter sur la présence continue d'un pays comme le Burkina Faso, dont tout le ministère de la santé ne comprend qu'une vingtaine de membres? Voir à ce sujet: P. VEERMAN, *op. cit.*, note 32, p. 182.

Le Groupe de travail de la Commission s'est donc vu confronté à cette difficulté lorsqu'il a fallu codifier les droits de l'enfant. D'un côté, un instrument sur les droits de l'homme doit promouvoir des valeurs universelles, et de ce point de vue, l'enfant est un individu distinct qui a droit au respect universel de son intégrité physique et morale, à la préservation de son identité, de sa nationalité, de ses relations familiales, de sa liberté d'action et d'opinion en fonction de son propre intérêt. Mais d'un autre côté, la multiplicité des points de vue exprimés au sein de la Commission sensibilisent les délégués sur l'importance des facteurs culturels dans la perception de l'enfance et de ses composantes<sup>95</sup>. C'est ainsi que l'enfant n'étant pas communément admis dans toutes les sociétés comme un être distinct, le principe de droits qui lui sont propres est développé avec précaution<sup>96</sup>.

Devant le ralentissement et la complexification du travail d'élaboration, la *Convention* va adopter des approches méthodologiques tout à fait innovatives.

## **2. Démarches méthodologiques**

Dans sa stratégie et sa pratique de codification des normes, la *Convention* va privilégier au cours des discussions, la recherche du plus petit dénominateur commun (a) et encourager la participation active des organisations non gouvernementales (b).

### **a) Recherche du plus petit dénominateur commun**

Il est évident que pour les Nations Unies, un appui mondial à la *Convention*, avec un grand nombre de ratifications, ne peut être obtenu que si elle reflète les vues de la majorité des États. A cette fin, la Commission va favoriser une stratégie de travail axée sur l'identification du plus petit dénominateur, comme point de départ aux tentatives de

---

<sup>95</sup> Ce débat remonte très loin dans l'histoire. Montesquieu, dans *l'Esprit des Loix* prend bien soin de préciser le caractère relatif des lois et des valeurs humaines qui varient en fonction des espaces géographiques et culturels. Voir : MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, t. 2, Dijon, Bibliothèque de la Pléiade, 1951.

<sup>96</sup> Voir : Per MILJEYEIG-OLSSSEN, «Advocacy as Children's Rights - The Convention as More than a Legal Document», (1990) 12 *Human Rights Quarterly* 150.

solutions des divergences culturelles et juridiques<sup>97</sup>. Le critère de base pour l'adoption des résolutions devient la recherche d'un consensus général: aucune décision ne peut être prise si elle est contestée par un délégué<sup>98</sup>, et le recours au vote majoritaire n'est jamais réellement considéré<sup>99</sup>. Avec une telle approche, les rédacteurs de la *Convention* ne prétendent plus couvrir l'ensemble des droits de l'enfant, ni mettre au point la norme la plus ambitieuse ou la plus stricte possible. Au contraire, la *Convention* pose les standards minimums exigibles en matière de droit de l'enfant<sup>100</sup>. A cet égard, elle représente un modèle auquel se conformer, pour les pays qui ont déjà une législation sur l'enfance, et un modèle à atteindre, pour ceux où la situation légale de l'enfant est encore incertaine.

Cette approche consensuelle a été rendue possible pour une grande part grâce à l'engagement des organisations non gouvernementales (ONG) dans le processus de rédaction de la *Convention*

## **b) Apport des organisations non-gouvernementales**

Conscients de l'avantage acquis par l'expérience sur le terrain et les relations directes avec les enfants, les ONG décident à partir de 1983 de donner un nouvel élan aux travaux de la Commission. Au lieu de se présenter individuellement, ils organisent une réunion mi-annuelle, qui deviendra par la suite bi-annuelle, dans le but de préparer et de coordonner leurs interventions<sup>101</sup>. Cinquante formations différentes, dont l'UNICEF, font partie d'un

---

<sup>97</sup> Hans-Joachim HEINTZE, «The UN Convention and the Network of the International Human Rights Protection by The UN», dans FREEMAN M. et P. VEERMAN (dir.), *op. cit.*, note 87, p. 71, à la page 72.

<sup>98</sup> M. SANTOS PAIS, *loc. cit.*, note 82, 33. L'auteure explique ainsi l'esprit de consensus qui a dominé les débats: «La Convention établit une liste des droits constituant une norme minima là où l'on n'arrive pas à un consensus.»

<sup>99</sup> D. JOHNSON, *loc. cit.*, note 87. L'absence du vote majoritaire signifie qu'en pratique aucune différence d'influence n'existe entre les délégués des États membres de la Commission et ceux des États observateurs, puisqu'ils ont autant le droit de parole.

<sup>100</sup> Il est intéressant de noter que pour les pays industrialisés, le projet initial de la Pologne, qui suivait de près la Déclaration de 1959, était en-deçà du niveau à atteindre dans une nouvelle Convention, alors que pour les pays en développement il était suffisant. Voir : R. DAOUDI, *loc. cit.*, note 81, 23-25.

<sup>101</sup> Le système de coordination adopté par les ONG consistait à harmoniser d'abord leurs points de vue sur une question et à en faire la promotion ensemble, quel que soit le domaine de spécialisation de

groupe *ad hoc* des ONG qui va apporter d'une manière active son expertise à la rédaction du texte, en introduisant de nouvelles idées, en critiquant les faiblesses et les omissions, mais aussi en facilitant le dialogue entre les cultures<sup>102</sup>. Par leur familiarité avec la situation sociale et culturelle des pays en développement et par la confiance qu'elles leur inspirent, les ONG vont encourager ces pays à participer à la mise au point finale des articles<sup>103</sup>. Cette coopération entre délégués de gouvernements et ONG est un des grands apports de la *Convention* dans la pratique de codification internationale. Pour la première fois les ONG sont mentionnées dans un instrument des droits de l'homme, et leur contribution est nettement reconnue, tant au niveau de l'élaboration qu'au niveau des moyens d'application future de la *Convention*<sup>104</sup>.

---

chaque organisme. Mais indépendamment de ce front commun, chaque ONG était libre de poursuivre un agenda plus particulier auprès de la Commission. Pour plus de détails sur le mode de fonctionnement des ONG, Voir : Cynthia PRICE COHEN, «The Role of Nongovernmental Organizations in the Drafting of the *Convention on the Rights of the Child*», (1990) 12 *Human Rights Quarterly* 140.

102 Le rapport du groupe des ONG affirmait son soutien à certains articles, proposait des changements de formulation ou présentait un texte entièrement nouveau. Certaines dispositions de la *Convention* sont nettement dues à l'influence des ONG, comme l'encouragement de l'allaitement maternel, le découragement des pratiques traditionnelles de mutilations sexuelles. *Id.*, 142-143.

103 Bien que méfiants à l'égard des ONG aux débuts des travaux préparatoires, les délégués vont changer leur attitude, et ce n'est pas un hasard si la participation des pays en développement va augmenter d'une manière significative après 1984. Voir : P. VEERMAN, *op. cit.*, note 32, p. 155.

104 Lorsque la *Convention* décide la création d'un Comité des droits de l'enfant (article 43 de la *Convention*), chargé d'examiner les progrès accomplis par les États parties, il prend soin de préciser (article 45 a), que ce Comité peut inviter «tous autres organismes compétents qu'il jugera appropriés de donner des avis spécialisés sur l'application de la *Convention*» et peut «transmettre aux organismes compétents tout rapport des États parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance technique» (article 45 b).

L'article 45 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* mentionne spécifiquement que «pour promouvoir l'application effective de la *Convention* et encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la *Convention*:

a) Les institutions spécialisées, l'UNICEF, et d'autres organes des Nations Unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des dispositions de la présente *Convention* qui relève de leur mandat. Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, l'UNICEF et tous autres organismes compétents qu'il jugera appropriés à donner des avis spécialisés sur l'application de la *Convention* dans les domaines qui relèvent de leur mandat respectif. Il peut inviter les institutions spécialisées, l'UNICEF et d'autres organes des Nations Unies à lui présenter des rapports sur l'application de la *Convention* dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité.

b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisée, à l'UNICEF et autres organismes compétents tout rapport des États parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication.»

Dans un contexte de travail dominé par des préoccupations d'universalité et de relativisme culturel, la *Convention* réussit donc à codifier les droits fondamentaux de l'enfant<sup>105</sup>. Dès lors, se pose la question de savoir si le dialogue interculturel aboutit à une formulation textuelle indécise et confuse ou si, au contraire, il donne au texte ses qualités de souplesse<sup>106</sup>. Pour nous, il s'agit d'évaluer plus particulièrement la notion de l'intérêt de l'enfant en fonction de ces deux pôles d'interprétation de la *Convention*, à savoir une pure ambiguïté textuelle ou une volonté de relativisme culturel.

---

<sup>105</sup> Effectivement, lorsqu'un délégué affirma au cours des travaux préparatoires qu'une Convention pour la protection de l'enfant était une appellation plus exacte, il fut accueilli par un tollé de protestations. Ce qui prouve que le concept de droits de l'enfant était clairement ancré dans les esprits. Voir les travaux préparatoires dans: S. DETRICK, *op. cit.*, note 15, p. 40.

<sup>106</sup> P. MILJETEIG-OLSSSEN, *loc. cit.*, note 96, 151.

## **II- La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de la Convention: ambiguïté terminologique ou relativisme culturel?**

Bien que jamais formellement définie, la notion de l'intérêt de l'enfant, depuis son inclusion dans la *Déclaration de 1959*, est considérée comme une norme standard dans nombre d'instruments internationaux<sup>107</sup>. Les implications et les questionnements qu'elle suscite sont néanmoins beaucoup plus complexes dans le cadre ambitieux de la *Convention*. On pourrait s'interroger d'une part sur ses relations avec l'ancienne idéologie de la protection de l'enfant<sup>108</sup> et avec celle plus récente des droits individuels. On pourrait d'autre part se demander s'il s'agit d'un concept unidimensionnel avec des directives précises pour la solution de conflits issus de situations données ou d'un concept multi-dimensionnel offrant un potentiel d'applications multiples.

Pour une meilleure appréciation de la nature de cette complexité, il est indispensable de procéder à une étude détaillée des particularités du libellé de l'article qui introduit la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant (A) pour ensuite la replacer dans l'optique plus vaste du relativisme culturel (B).

### **A- Particularités de sa formulation**

L'intérêt supérieur de l'enfant qui apparaît dès l'article 3, est considéré comme l'un des principes généraux qui coiffent la plupart des dispositions énoncées par la *Convention* (1). Il est, de plus, expressément mentionné dans plusieurs autres articles: d'abord en relation avec la séparation de l'enfant de sa famille (art. 9), dans la responsabilité parentale quant à l'éducation et le développement de l'enfant (art. 18), dans l'adoption (arts. 20 et 21) et en

---

<sup>107</sup> Concernant les instruments juridiques internationaux se référant à la notion de l'intérêt de l'enfant: *supra*, Partie I, section I, sous-section A, paragraphe 2.

<sup>108</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, préambule:

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

association avec les rapports de l'enfant avec la police et le système judiciaire (arts. 37 et 40). Force est de constater chez les rédacteurs une intention d'exploiter la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant de façon à toucher un éventail varié de droits. Nous examinerons, quant à nous, les articles associés au contexte de dissolution de la famille (2).

### **1. Article 3(1): ambiguïtés et imprécisions d'un principe fondamental**

La mise au point de l'article 3(1) qui introduit la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est, comme tous les autres articles, le résultat d'une série de modifications. La première version de cet article présentée par le projet initial de la Pologne reprend dans son intégralité le principe 2 de la *Déclaration de 1959*:

«L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante.»<sup>109</sup>

Cette première version va subir plusieurs modifications avant d'être définitivement adoptée. Elle est d'abord remplacée en 1980 par un texte sensiblement différent qui affirme:

«Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux ou des autorités administratives, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.»<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> *Déclaration des droits de l'enfant*, précitée, note 40.

<sup>110</sup> Le texte rédigé en 1980 - qui est la deuxième version de l'article - est adopté lors de la première lecture officielle du projet de Convention, en 1981.



De la comparaison de ces deux versions, il apparaît que la première est plus explicite quant à l'évaluation de la portée et des limites de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle énumère les critères physiques, intellectuels, moraux, spirituels et sociaux qui doivent guider l'application de ce principe pour un développement harmonieux de l'enfant. Elle offre ainsi l'ébauche d'une définition de l'intérêt de l'enfant alors que la deuxième version s'y réfère comme à une notion familière sans aucune mise au point préalable<sup>111</sup>.

De plus, dans cette même première version, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être «la considération déterminante», pour l'adoption des lois, ce qui suppose que l'intérêt supérieur de l'enfant a préséance sur les droits de toutes autres personnes physiques ou morales. Cette formulation est révisée en 1981 lors de la première lecture du projet de Convention et remplacée par une formule qui qualifie l'intérêt supérieur de l'enfant de «considération primordiale», afin de permettre la prise en compte d'autres droits, comme les droits des tiers, de la société ou de la justice dont les intérêts sont parfois d'égale importance à ceux de l'enfant<sup>112</sup>. Cette précision ne doit cependant pas être comprise comme une restriction de l'envergure du principe. Les travaux préparatoires montrent bien que dans l'optique de tous les délégués, l'intention soit au contraire de couvrir toute situation quelle qu'elle soit<sup>113</sup>.

Enfin, au niveau des responsables de l'application de cette notion, la première version s'adresse seulement au pouvoir législatif alors que la deuxième version s'adresse à un groupe plus large d'autorités qu'elles soient publiques ou privées.

Après l'adoption de cette deuxième version, le débat sur les modifications des libellés reprendra seulement en 1988 à la deuxième lecture du projet. Une longue discussion sur l'opportunité de remplacer l'article indéfini par l'article défini dans l'expression «une considération primordiale» n'aboutit pas à un changement. La seule modification apportée

---

<sup>111</sup> A ce sujet voir : les travaux préparatoires dans: M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3, p. 56.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Voir : S. DETRICK, *op. cit.*, note 15.

par cette deuxième lecture, sur la suggestion de l'UNICEF, est l'addition d'une référence claire au rôle du législateur, au même titre qu'à celui des tribunaux et des autorités administratives déjà inclus lors de la première lecture. La version finale de l'article 3(1) devient donc:

«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.»<sup>114</sup>

À cause de toutes ces modifications, cette version finale révèle inévitablement des ambiguïtés identifiables tant au niveau de la place de l'article 3 dans l'ordonnance générale de la *Convention* (a), qu'au niveau du choix de la terminologie (b).

#### **a) Au niveau structural**

Les textes sur les droits et libertés ne sont pas des textes comme les autres car ils énoncent des prérogatives essentielles de la personne. Leur force proclamatoire doit être plus grande afin d'optimiser leur impact sur les hommes et les institutions<sup>115</sup>. A cet égard, l'article 3(1) qui pose un des principes fondamentaux reliés à l'enfance, trouve sa force affirmative quelque peu affaiblie par le contexte qui lui est assigné dans la structure générale de la *Convention*. Autrement dit, la place de l'article 3(1) est telle qu'elle permet une double interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant; celle d'une notion inconditionnellement liée à ses droits individuels, et celle d'une notion découlant de l'idée de sa protection. En effet, l'article 2 précédant immédiatement l'article 3 est décisif car tout en énonçant le principe fondamental de la non-discrimination, il confirme l'existence des droits de l'enfant<sup>116</sup>. De

---

114 *Ibid.*

115 Isabelle BARRIERE-BROUSSE, «L'enfant et les conventions internationales», (1996) 4 *Journal de droit international* 843, 872.

116 *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 2 al. 1:

plus, l'article 4 qui lui fait suite, fait référence à l'obligation de mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention<sup>117</sup>. Il semble par conséquent évident qu'un encadrement textuel aussi nettement dominé par l'affirmation des droits de l'enfant impose une lecture de l'article 3 qui irait dans le même sens, à savoir une complémentarité entre les droits et l'intérêt de l'enfant. Or, le deuxième paragraphe de ce même article 3 semble affaiblir la solidarité entre ces deux concepts de droit et d'intérêt en replaçant l'enfant sous un régime de protection. Ainsi, les États parties s'engagent à assurer la protection et «le bien-être de l'enfant en tenant compte des droits et des devoirs des parents [...]»<sup>118</sup>. S'engager à respecter et à mettre en œuvre les droits reconnus par la *Convention* comme l'énoncent l'article 2 et 4, et assurer la protection et le bien-être de l'enfant comme l'affirme l'article 3(2)<sup>119</sup>, présentent deux visions différentes de l'enfance et, par leur proximité textuelle, suggèrent deux lectures possibles de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### **b) Au niveau terminologique**

Dans une perspective plus détaillée, l'analyse de la terminologie de l'article 3(1) révèle aussi des imprécisions quant aux modalités de son interprétation.

---

«Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.»

117 *Id.*, art. 4:

«Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale.»

118 *Id.*, art. 3 al.2:

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

119 L'article 3(2) contribue à préciser les composantes de l'intérêt supérieur (protection/soins/bien-être) de l'enfant en l'assimilant à la définition du bien-être physique, mental et social de l'enfant tel qu'entendue par l'OMS. Voir : *Constitution de l'organisation mondiale de la santé*. (1948) R.T.N.U. 204.

Dès la première proposition de l'article 3(1), le champ d'application de la notion de l'intérêt de l'enfant est considérablement élargie, puisqu'il touche à «[...] toutes décisions concernant les enfants [...]».

La question qui se pose néanmoins est de savoir si l'éventail quasi illimité des décisions évoquées comprend seulement les situations où les enfants sont directement impliqués, comme l'attribution de la garde, ou s'il englobe également celles où les enfants ne sont qu'indirectement impliqués, comme par exemple les choix politiques ou les objectifs scolaires qui peuvent évidemment les toucher aussi<sup>120</sup>. Toutefois, ces incertitudes n'ayant fait l'objet d'aucun débat au cours des travaux préparatoires<sup>121</sup>, une interprétation restrictive de cette formule n'est pas pertinente. Au contraire, dans cette même proposition, la substitution du singulier «enfant» généralement utilisé<sup>122</sup>, par le pluriel «les enfants» confirme cet élargissement de perspective en considérant non seulement l'enfant en tant qu'individu mais aussi les enfants en tant que collectivité.

La formulation de l'article 3 comporte d'autres ambiguïtés terminologiques plus difficiles à résoudre. Ainsi, en ce qui concerne l'identité des responsables des décisions visés par l'article 3(1), les intentions de la *Convention* ne sont pas claires. En fait, deux textes différents sont discutés lors des travaux préparatoires<sup>123</sup>. Le premier donne une liste plus exhaustive des acteurs présents dans la vie des enfants:

«Dans toutes les décisions concernant les enfants, qu'elles soient  
le fait de leurs parents ou de leurs tuteurs, des institutions sociales

---

120 Pour plus de détails sur les conséquences des décisions politiques et gouvernementales dans la vie des enfants. Voir : P. ALSTON, *op. cit.*, note 55, p. 10.

121 Voir les discussions des travaux préparatoires lors de la deuxième lecture dans M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3.

122 Ainsi le singulier «enfant» a été retenu pour le titre même de la *Convention*.

123 La discussion sur cette partie de la formulation de l'article 3(1) a eu lieu lors de la première lecture du projet.

ou publiques, des tribunaux, des autorités administratives  
[...].»<sup>124</sup>

Le second restreint les décisions au domaine de l'action officielle des intervenants et exclut les parents et les tuteurs de la liste des responsables:

«Dans toutes décisions officielles, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives [...]»<sup>125</sup>

Le débat autour de ces deux versions s'est essentiellement concentré sur l'opportunité de citer les parents et les tuteurs, l'énumération de personnes aussi proches pouvant paraître comme une intrusion de la *Convention* dans les familles et une tentative de contrôler leur vie privée. Finalement, les avis se sont accordés, comme c'est le cas pour la plupart des articles de la *Convention*, sur un libellé de compromis. La version adoptée omet à la fois «les parents et les tuteurs», pour ne pas prétendre s'ingérer dans les familles, et l'adjectif «officielles» qui qualifie «décisions», pour laisser la voie ouverte à l'inclusion possible des parents, des tuteurs, et toutes autres personnes responsables de l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant - l'adverbe *toutes* en tête de phrase qualifiant autant les décisions que les preneurs de décisions.

Quant à la notion même d' «intérêt supérieur de l'enfant», bien que précédemment mentionnée dans d'autres instruments internationaux<sup>126</sup>, elle est présentée sans que les rédacteurs aient défini cette notion dans leur texte ni précisé son sens et sa portée. En effet, deux interprétations sont possibles: ou bien on considère que l'adjectif «supérieur» permet de résoudre le conflit entre deux intérêts opposés, dans ce cas les intérêts de l'enfant sont

---

<sup>124</sup> Traduction de l'auteure. La version anglaise originale est citée dans: P. ALSTON, *op. cit.*, note 55. p. 10.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Concernant les instruments juridiques internationaux se référant à la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant: *supra*, Partie I, section I, sous-section A, paragraphe 2.

privilegiés; ou bien on estime que le terme «supérieur» permet de déceler parmi les différents intérêts de l'enfant, celui qu'il faudra faire prévaloir sur tous les autres<sup>127</sup>.

Ce n'est qu'à la deuxième lecture du projet de Convention que le caractère ambigu de cette notion est abordé. La représentante du Venezuela attire l'attention des délégués sur la subjectivité de cette formule dont l'interprétation est entièrement laissée à la discrétion de la personne, de l'institution ou de l'organisation qui va l'appliquer<sup>128</sup>. A notre avis, le commentaire est pertinent dans la mesure où la *Convention* ne stipule nulle part l'ensemble des critères physiques, intellectuels, moraux et sociaux qui constituent l'intérêt de l'enfant. Cependant, cette intervention ne suscite pas de remise en question, la plupart des délégués se considérant satisfaits de la formulation adoptée<sup>129</sup>. Faudrait-il en conclure que la *Convention* reconnaît implicitement la subjectivité inhérente à la notion d'intérêt de l'enfant dont la détermination dépend de l'examen des circonstances particulières à chaque enfant? Ou faudrait-il plutôt voir là une illustration de l'approche méthodologique adoptée: opter pour le plus petit dénominateur commun qui est l'intérêt de l'enfant, et éviter une discussion prolongée sur les paramètres de son évaluation.

Par ailleurs, l'importance du rôle attribué à la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant par la *Convention* n'est pas très claire. Dans les deux formules discutées, l'intérêt de l'enfant est qualifié soit de «la considération déterminante», soit de «une considération primordiale»<sup>130</sup>. Le choix de la deuxième version pour le texte définitif témoigne de l'intention de donner à cette notion un rôle important mais non spécifique dans toutes les décisions concernant les enfants. Le rejet de l'article défini au profit de l'article indéfini confirme d'ailleurs cette préoccupation. Il n'en demeure pas moins que si l'intérêt de

---

<sup>127</sup> Sylvain GRATALOU, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 24.

<sup>128</sup> Voir les travaux préparatoires dans S. DETRICK, *op. cit.*, note 15.

<sup>129</sup> M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3, p. 56.

<sup>130</sup> Ces deux formules existent précédemment dans d'autres instruments: *supra*, Partie I, section I, sous-section A, paragraphe 2.

l'enfant n'est pas la considération déterminante, mais seulement une considération primordiale, comment évaluer son importance par rapport aux autres considérations?

Ces problématiques peuvent toutefois trouver des solutions si on les place dans le contexte global de la *Convention*. En effet, il est important de comprendre la *Convention* comme un texte achevé aux significations cohérentes et solidaires. Ses articles ne peuvent pas faire l'objet d'une lecture isolée. Chaque article doit être éclairé par des références indispensables aux articles énonçant les principes généraux. De façon corollaire, les articles des principes généraux acquièrent un sens plus précis lors de leur application au sein de la *Convention*. Ainsi, le caractère prioritaire mais non exclusif de la notion de l'intérêt de l'enfant et la liberté discrétionnaire qui s'applique à son interprétation peuvent être modalisés grâce aux précisions apportées par d'autres dispositions de la *Convention* qui concernent des situations spécifiques. De ce fait, le principe de la responsabilité parentale, le droit de l'enfant de préserver ses relations familiales et le droit de l'enfant d'être entendu seront invoqués en conjonction avec l'article 3. C'est le fonctionnement de cette complémentarité que nous allons tenter de montrer.

## **2. Interdépendance de l'article 3 avec les autres articles de la *Convention***

Dans le contexte de la dissolution de la famille et des questions de garde et d'accès, la *Convention* prévoit un ensemble varié d'articles qui d'une manière directe ou indirecte aident à évaluer les besoins de l'enfant et à déterminer son intérêt selon les circonstances particulières de sa vie. Entre autres, l'article 18(1) se réfère d'une manière générale à la responsabilité parentale et aux relations parents/enfants, alors que les articles 9 et 12 sont plus directement associés aux situations de dissolution de la famille.

### **a) Principe de la responsabilité parentale: l'article 18(1)**

Selon l'article 18(1), «les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement». Ce principe de la

responsabilité des deux parents étant bien sûr valable autant avant qu'après la dissolution de la famille, l'article 18(1) implique donc la poursuite des relations parents/enfants et l'obligation conjointe des deux parents dans l'éducation et le développement de l'enfant quelle que soit la décision de garde adoptée.

L'article 18(1) précise aussi que «la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe en premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant». Cet article, tout en plaçant l'intérêt de l'enfant au sommet hiérarchique des critères de décisions, nomme les parents et les gardiens comme les personnes principalement habilitées à prendre les décisions concernant les enfants et apporte un éclaircissement complémentaire quant à l'identité des responsables de l'application de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce que l'article 3(1) omet de faire<sup>131</sup>.

#### **b) Droit de l'enfant à préserver ses relations familiales: les articles 9(1) et 9(3)**

L'article 9 présente une des nombreuses applications circonstanciées du droit de l'enfant à préserver ses relations familiales<sup>132</sup>. Cet article pose comme principe que les États parties doivent veiller à ce que «l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré». Une dérogation à ce principe n'est acceptée que si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige<sup>133</sup>. Il est évident qu'une telle décision prise par les autorités compétentes doit s'appuyer sur

---

<sup>131</sup> Pour l'article 3(1), la majorité des délégués ont remarqué qu'il est inhabituel de voir une convention internationale créer des obligations à des individus privés. Mais pour l'article 18(1), il est mentionné en tête de phrase que ce sont les États parties qui sont responsables du respect des principes énoncés. Voir les travaux préparatoires dans: M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3, p. 86.

<sup>132</sup> A ce sujet voir l'article 8(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, qui se lit:  
«Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi sans ingérence légale.»

<sup>133</sup> L'article 9(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, se lit comme suit:  
«Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.»



d'autres droits de l'enfant, tels ses droits à la sécurité et au bien-être qui sont les composantes essentielles de son intérêt et qui seraient compromis si l'enfant reste avec ses parents<sup>134</sup>.

L'article 9(1) envisage deux cas précis où une séparation de l'enfant et des parents risque d'avoir lieu<sup>135</sup> dans l'intérêt même de l'enfant: «lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant», et «lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant». Le deuxième cas cité, sans aborder de façon directe la question de garde se réfère quand même à une situation de rupture du lien familial. Une version proposée par le représentant du Canada, avec une allusion plus explicite à l'attribution de la garde à l'un des parents par les autorités compétentes selon la considération primordiale de son intérêt supérieur, est prudemment refusée<sup>136</sup>. La *Convention* préfère garder la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un contexte moins précis, pour que son appréciation par rapport à d'autres situations que celles de l'abus ou de la négligence soit possible<sup>137</sup>.

Dans ce premier paragraphe de l'article 9, la formulation telle que nous l'avons vue, s'organise en fonction de l'enfant objet de droit, alors que la perspective est inversée dans le paragraphe 3. En effet, dans l'article 9(3) il est demandé aux États parties de respecter «le droit de l'enfant séparé de ses deux parents d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents». L'enfant est ici sujet d'un droit

---

134 Renée JOYAL, « La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant: sa place dans la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant », (1991) 62 *Revue internationale de droit pénal* 785, 788.

135 M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3, p. 70.

136 Le texte original anglais se lit comme suit:

«States parties recognize that when the parents of a child are living separate and apart from each other and an application is made to the competent authorities for the determination as to which of them shall have custody of the child, the interests of the child shall be the paramount consideration of such authorities in determining who shall be awarded custody.» Voir les travaux préparatoires dans: M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3, pp. 66-70.

137 Le président du Groupe de travail a pris soin toutefois de préciser que l'Article 6 (devenu l'article 9) est supposé s'appliquer aux séparations issues de situations domestiques. Voir les travaux préparatoires dans: M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3, p. 70.

qu'il peut clairement revendiquer, et qui est celui d'accéder à ses parents, sauf si cela est contraire à son intérêt<sup>138</sup>

### **c) Droit de faire connaître ses vues et d'exprimer son opinion: les articles 9(2), 12**

Parmi les procédures dont il faut tenir compte dans de telles situations, l'article 9(2) précise que «toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues». Ainsi l'enfant, qui n'est pas explicitement cité, semble bénéficier du même statut de participation que les autres parties<sup>139</sup>. C'est à l'article 12 que la participation de l'enfant est plus nettement énoncée.

L'article 12, qui donne à l'enfant le droit d'exprimer son opinion dans toutes les questions qui le concernent, est d'abord complémentaire de l'article 3(1), et il est relié d'une manière plus précise aux questions de garde et d'accès. En effet, si l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant est une responsabilité des autorités compétentes, l'article 12, en conférant à l'enfant la possibilité d'influencer les décisions le concernant, apporte une dynamique nouvelle à ses droits. Il restreint, d'une certaine manière la marge d'appréciation et de choix de la société et de l'État dans le processus de décisions dans la mesure où l'enfant n'est plus un être silencieux et passif<sup>140</sup>. Pour certains toutefois, ces deux articles 12 et 3(1) se trouvent dans une relation conflictuelle car ils opposent les droit de l'enfant à ceux détenus par les responsables de décisions tels qu'énumérés dans l'article 3(1)<sup>141</sup>.

---

138 L'article 9 alinéa 3 se lit comme suit:

«Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.»

139 Marie-Françoise LÜCKER-BABEL, «The Rights of the Child to Express Views and Be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child», (1995) 3 *The International Journal of Children's Rights* 391, 394.

140 *Id.*, 395.

141 *Ibid.*

Il vaudrait mieux, selon nous, opter pour une complémentarité qui découle d'un équilibre balancé entre les deux aspects d'application de l'intérêt supérieur de l'enfant: l'article 3(1) doit être éclairé et orienté par l'apport de l'article 12, et inversement l'article 12 ne peut être pris en considération si, d'une manière ou d'une autre, il menace la protection de l'intérêt de l'enfant octroyée par l'article 3. La solidarité de ces deux articles est d'ailleurs confirmée par le fait que le droit de l'enfant à exprimer son avis pour toute question le concernant faisait originellement partie de l'article 3, et qu'il a été omis seulement lors de la deuxième lecture du projet de convention, lorsque la redondance a été constatée<sup>142</sup>.

Le champ d'application potentiel de l'article 12 reste assez précis puisqu'il s'agit de toute question intéressant l'enfant et intimement liée à sa vie quotidienne<sup>143</sup>, dont justement les décisions d'attribution de garde. Cependant, ce droit de l'enfant d'être entendu n'est pas un droit prépondérant qui a priorité sur les autres droits. Il est évalué en fonction des capacités de discernement de l'enfant et en fonction de la nature du problème, en faisant la part des motivations impulsives et à long terme destructives qui peuvent intervenir dans les opinions d'un enfant<sup>144</sup>.

Les étapes successives de la formulation définitive des articles de la *Convention* se révèlent donc le résultat d'un consensus international réalisé à un niveau élevé<sup>145</sup>. Le caractère volontairement neutre des libellés ainsi que le renvoi fréquent aux États parties et aux

---

142 Le groupe de travail avait adopté à la première lecture la version suivante du paragraphe 2 de l'article 3:

«In all judicial or administrative proceedings affecting a child that is capable of forming his or her own view, an opportunity shall be provided for the views of the child to be heard, either directly or indirectly through a representative, as a party to the proceedings, and those views shall be taken into consideration by the competent authorities, in a manner consistent with the procedures followed in the State party for the application of its legislation.»

Sur la suggestion de la Finlande, et compte tenu de sa similitude avec l'article 12, l'alinéa 2 de l'article 3 est retiré. Voir les travaux préparatoires dans: M. R. SAULLE, *op. cit.*, note 3, p. 57.

143 M. F. LUCKER-LABEL, *loc. cit.*, note 139, 396.

144 John EEKELAAR «The Interest of the Child and The Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism», (1994) 8(2) *International Journal of Law and the Family* 42, 47-48.

145 En fait, à mesure que les négociations avancent, le niveau des délégations progresse aussi, pour atteindre le plus haut niveau de représentation au moment de la deuxième lecture du projet de Convention.

législations nationales<sup>146</sup> sont les manifestations de cet esprit de compromis. C'est là l'un des paradoxes des instruments internationaux des droits des personnes qui prétendent à l'universalité. Leurs normes doivent être codifiées d'une manière suffisamment claire pour donner à tous leurs adhérents une base de référence solide et des standards minimums à respecter, mais d'un autre côté, ils doivent faire preuve de souplesse et de flexibilité pour pouvoir s'appliquer à des systèmes juridiques variés et à des circonstances culturelles et personnelles différentes<sup>147</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant est justement une de ces notions qui est située «à la limite la plus externe de l'ambiguïté»<sup>148</sup> car elle est issue d'une volonté délibérée de compromis et elle est destinée à fonctionner dans le contexte national de chaque pays. Elle se trouve ainsi au point de rencontre des théories du relativisme culturel.

## B- Le relativisme culturel

Le débat autour du relativisme culturel, qui prit de l'ampleur à la fin des années 80<sup>149</sup>, tend à définir la nature des relations entre la culture et les droits de la personne. Il s'articule sur une comparaison entre les avantages et les dangers d'une approche des droits de la personne qui serait plus sensible à la diversité culturelle et par conséquent moins exigeante en ce qui concerne l'universalité des principes préconisés<sup>150</sup>. Au lieu de défier les

---

146 La formulation utilisée par la *Convention* comporte essentiellement des énoncés qui s'adressent aux États qui «reconnaissent», «garantissent», et «assurent», et à qui il est demandé de mettre en œuvre les droits «conformément à leur législation nationale». A cet égard, Voir : Marie-Claire RONDEAU-RIVER, «La *Convention des Nations-Unies sur les droits des enfants* devant la Cour de cassation: un traité mis hors jeu», (1993) 28 *Dalloz Sirey* 203, 204.

147 Voir : Abdullahi AN-NA'IM, «Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interests of the Child», (1994) 8 *International Journal of Law and the Family* 62.

148 L'expression est de Philip Alston, dans P. ALSTON, *op. cit.*, note 55, p. 18.

149 P. ALSTON, *loc. cit.*, note 89, 8.

150 Les réserves qui sont une pratique reconnue en droit international peuvent en fait être considérées comme une première forme de relativisation du rôle et de l'application de la *Convention*. En effet, les réserves permettent de se libérer de certaines exigences de la *Convention* jugées incompatibles avec la législation ou les coutumes nationales, elles ont donc déjà une influence restrictive ou interprétative sur l'impact de la *Convention* dans le droit interne. Pour plus de détails sur les réserves et les déclarations Voir : Daniel O'DONNELL, «La *Convention* relative aux droits de l'enfant: Sous toute réserve...», (1992) 9 *Tribune internationale des droits de l'enfant* 8; William SCHABAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», (1996) 18 *Human Rights Quarterly* 473 et Laurence J. LEBLANC, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child : A Macroscopic View of State Practice», (1996) 4 *The International Journal of Children's Rights* 357.

traditions culturelles et les habitudes juridiques régionales, il serait plus productif selon les partisans du relativisme culturel, d'amorcer les changements par le moyen d'un discours interne et à travers les institutions et les schémas sociaux déjà existants<sup>151</sup>. En effet, si les valeurs traditionnelles ont parfois une influence réductrice (1), elles peuvent aussi apporter une dynamique particulière à la promotion des droits de l'enfant (2).

## 1. Facteurs limitatifs du relativisme culturel

Lorsqu'un État adhère à un traité, il l'évalue par rapport à ses particularismes culturels<sup>152</sup> et par rapport au système juridique en vigueur sur son territoire. Il donne un sens aux dispositions énoncées et en trace l'étendue et les limites. Or, la *Convention*, par l'ambiguïté de ses libellés ou par ses omissions, notamment pour ce qui a trait aux critères d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, reste ouverte à toutes les interprétations. Les États qui se réclament d'une interprétation restrictive de la notion de l'intérêt de l'enfant peuvent avancer l'un ou l'autre des arguments suivants.

Le droit d'inclure des réserves<sup>153</sup>, peut être considérée comme une première forme institutionnalisée de relativisation culturelle. En effet, lorsqu'un État rejette certains articles de la *Convention* parce qu'ils sont incompatibles avec ses lois internes, ou qu'il témoigne de sa volonté de les interpréter à la lumière de ses coutumes culturelles et légales, il donne déjà une limite à l'universalité des principes des droits de la personne<sup>154</sup>.

---

151 Pour un exposé détaillé sur les facteurs culturels de l'application de la *Convention*, Voir : A. AN-NA'IM, *loc. cit.*, note 147, 62-65.

152 Pour plus de détails sur ce sujet: Thomas GIL, «La diversité culturelle et la rationalité des droits de l'homme», dans Henri PALLARD et Stanatios TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 141, 141-145.

153 L'inclusion de réserves au moment de la ratification d'un traité est pratique reconnue dans les instruments des droits de la personne. Cf. *Convention relative au statut des réfugiés*, Doc. N.U., 28 juillet 1951 (Résolution 429 (V)); *Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale*, A.G. Rés. 2106 (XX), Doc. Off. A.G., 20<sup>e</sup> session, supp. n°14, p. 50; *Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes*, précitée, note 65.

154 Ainsi, par exemple, l'Iran, en tant qu'État partie de la *Convention*, ne se considère pas lié par les dispositions qui pourraient contredire les préceptes de la loi islamique alors que le Pakistan déclare que «les dispositions de la *Convention* seront interprétées à la lumière de principes découlant des lois et des valeurs islamiques», N.U. Doc. CRC/CP/L.1/REV.1

Par ailleurs, le caractère souvent eurocentrique<sup>155</sup> des normes présentées dans les instruments internationaux, les rend difficilement acceptables par les sociétés où les mutations sociales sont plus lentes, comme les sociétés patriarcales ou tribales par exemple<sup>156</sup>. Sans compter que l'ancrage du religieux, toujours très profond dans certains pays, influe considérablement sur les comportements et les attitudes des familles envers les enfants dans le sens du renforcement des traditions<sup>157</sup>.

En outre, la pluralité ethnique ou religieuse à l'intérieur d'un même État, rend extrêmement périlleux l'homogénéisation des comportements et des législations, chaque groupe culturel restant attaché à ses valeurs et à sa manière de définir l'intérêt de l'enfant<sup>158</sup>. Enfin la gravité de la situation politique et économique de certains pays est telle que le principe de l'intérêt de l'enfant ne peut recevoir qu'une seule et unique interprétation, à savoir la garantie de ses moyens de survie<sup>159</sup>.

Pour surmonter les décalages d'un pays à un autre ou à l'intérieur de chaque pays, les efforts d'un alignement abrupts avec les points de repères universels ne sont pas toujours dynamisants. Pour pouvoir atteindre et maintenir un consensus autour des principes de la *Convention*, certaines médiations sont parfois nécessaires. La mise à contribution des valeurs régionales pour la promotion des droits de l'enfant est alors une alternative réaliste et souvent souhaitable.

---

155 A. AN-NA'IM, *loc. cit.*, note 147, 63.

156 En Afrique, dans les communautés tribales, l'enfant est considéré être la propriété de ses parents. On peut alors se demander comment dans le contexte culturel africain, une notion telle que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être comprise. Voir : Bankole THOMPSON, «Africa's Charter on Children's Rights», (1992) 41 *International and Comparative Law Quarterly* 438, 439.

157 Le Liban est un bon exemple à cet égard. Voir : Aida BOUDJIKANIAN, Abdo KAHY et Joseph KHOURI, *Orientations culturelles et valeurs religieuses au Liban*, Beyrouth, Centre d'études et de recherches sur l'Orient chrétien, 1991.

158 Un pays comme l'Indonésie, caractérisé par une dispersion géographique (une dizaine d'îles dans l'Archipel), et par une pluralité ethnique (360 ethnies), ne peut prétendre à une promotion uniforme de la Convention. Voir à ce sujet, les observations du Comité des droits de l'enfant sur le rapport présenté par l'Indonésie, N.U. Doc. CRC/C/15/Add. 12., p. 2.

159 Voir : *Rapport du Liban*, N.U. Doc. CRC/C/8/Add. 23.

## 2. Facteurs dynamisants du relativisme culturel

L'universalité du principe de l'intérêt de l'enfant ne signifie pas qu'il doit être compris et accepté hors du contexte social particulier à chaque pays<sup>160</sup>. Le changement peut être proposé de l'intérieur et à travers les particularités du groupe culturel. Les valeurs traditionnelles peuvent devenir une force dynamique et productive et servir de catalyseur à la pénétration des principes de la *Convention*. Tout en apportant aux populations une dimension sécuritaire elles incitent à l'évolution des mentalités et à la réalisation des standards posés<sup>161</sup>. Un des résultats positifs de cette appropriation du discours de la *Convention* est la multiplication des instruments régionaux des droits de l'enfant qui reprennent les mêmes principes généraux mais en les adaptant aux particularités locales<sup>162</sup>.

Par conséquent, l'interprétation des principes de la *Convention*, et plus particulièrement celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, reste tributaire des modes de pensée d'une société donnée, à un certain moment de son histoire<sup>163</sup>. Autrement dit, les croyances religieuses, les modèles familiaux et les pratiques juridiques régionales sont des facteurs qui relativisent la dimension universelle de ces principes. Toutefois, pour les opposants à la thèse du

---

160 Voir préambule de la *Convention relative des droits de l'enfant*, précitée, note 5.

161 Voir : Adam LOPATKA, «The Right of the Child Are Universal: The Perspective of the UN Convention on the Rights of the Child», dans FREEMAN M. et P. VEERMAN (dir.), *op. cit.*, note 26, 47-51.

162 On peut mentionner à cet égard deux instruments régionaux majeurs:

1) La *Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant*, s'est appropriée les principes de la Convention pour les rediffuser par le moyen d'un discours interne qui met en relief les traditions spécifiques à l'espace culturel et social africain. Voir : *Charter of the Rights and Welfare of the African Child*, Organization of African Unity, Addis Ababa, 11 July 1990, dans M. R. SAULLE, *op. cit.*, note, p. 759 et suivants. Voir aussi: B. THOMPSON, *loc. cit.*, note 156.

2) *La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant* qui vise à augmenter l'efficacité exécutoire de la Convention au niveau essentiellement procédural. Voir à ce sujet le texte de la recommandation 1121 (1990) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux droits de l'enfant dans Yves BENHAMOU, «La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant - regard critique», (1996) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 23, 24. A. IDOLA, «La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Rainer FRANK, *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 83 et *La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant et rapport explicatif*, Strasbourg, Direction des affaires juridiques, Conseil de l'Europe, le 8 septembre 1995.

163 A. AN-NA'IM, *loc. cit.*, note 147, 64.

relativisme culturel, cette prise en compte démesurée des valeurs traditionnelles risque d'entraîner une exploitation abusive des facteurs culturels dans le but de maintenir le statu quo et de miner les efforts de promotion du respect universel des droits de la personne, comme elle peut aussi encourager une adoption sélective et «à la carte»<sup>164</sup> des principes des droits de la personne.

La *Convention* se trouve donc au cœur de cet effort de conciliation des cultures<sup>165</sup> et de préservation des standards universels. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est celui qui est le plus fréquemment soumis à des interprétations domestiques régionales et culturelles. Mais d'un autre côté, c'est par des efforts de comparaison et d'interaction qu'il doit être possible de mettre à jour des points de repères constants et des critères communs d'application. Avec le temps, le développement d'une interprétation internationale valable de ce principe doit pouvoir s'imposer et provoquer une évolution de son interprétation au niveau local.

---

164 L'expression est utilisée par Philip Alston dans P. ALSTON, *op. cit.*, note 55, p. 36.

165 Lors du débat général précédant la deuxième lecture, le représentant du Sénégal en se référant aux discussions antérieures souhaite que la Convention exprime textuellement l'existence de la diversité culturelle et propose le libellé suivant qui sera adopté dans le paragraphe 8 du préambule:

«Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant». Voir les travaux préparatoires dans M. R. SAULLE: *op. cit.*, note 3, p. 45.



## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

L'historique de l'évolution des droits de l'enfant et de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant ont permis de constater un cheminement vers la reconnaissance de son statut distinct. Cependant, l'idée selon laquelle l'enfant est un individu qui a des droits et des besoins propres ne coïncidant pas nécessairement avec ceux de son entourage immédiat, va toujours de pair avec l'idée qu'il s'agit d'un être vulnérable dont la protection est l'obligation primordiale de sa famille et de la société en général. A partir de cette prise de conscience de la communauté internationale, la protection de l'enfant est envisagée en marge des instruments juridiques consacrés aux droits de l'homme.

Comme le révèle la typologie qui leur a été consacrée, ces instruments internationaux ont graduellement inclus dans leurs dispositions des catégories spécifiques de droits de l'enfant et ont rendu possible, de proche en proche, la mise au point des principes essentiels applicables à l'enfance. Les travaux préparatoires de la *Convention* ont donc pu s'inspirer d'un champ de recherches suffisamment développé qui a servi de point de départ à la réflexion théorique à laquelle s'est ajouté l'apport de l'expérience pratique des organisations non gouvernementales. Ces différents éléments ont permis de regrouper dans un seul document spécialement consacré à l'enfant et ayant force de loi pour les États parties, tous les droits nécessaires à son développement harmonieux.

Parmi les principes importants consacrés par la *Convention*, celui de l'intérêt de l'enfant est déjà mentionné dans un grand nombre de législations locales depuis le début du siècle surtout en association avec les questions de garde. Mais ce principe reconnu au niveau international, est celui dont l'interprétation est la plus controversée car justement elle se trouve au point le plus sensible des valeurs traditionnelles de chaque groupe de population. En effet, si les besoins et les droits de l'enfant doivent être universellement assurés, la manière d'envisager ces besoins et ces droits diffère d'une culture à une autre, et la manière de les évaluer et de les appliquer varie d'un système juridique à un autre. Il existe par

conséquent un rapport culture/droit qui dans l'optique même de la *Convention* ne peut être réduit à un modèle unique.

C'est donc une notion qui est au centre d'une dichotomie sous-jacente à tous les autres principes de la *Convention*: celle d'être ouverte à la diversité et au relativisme culturel sans tomber entièrement dans l'indétermination, dans la mesure où elle doit fixer les standards minimums exigibles en matière de protection de l'enfance. Mais comment identifier et définir les modalités de particularisation de cette notion dans le cadre spécifique du droit interne de chaque pays?

C'est à travers l'étude comparative de deux milieux culturels exemplaires, tel le Liban et le Canada, que nous souhaitons tenter mettre au point une grille d'analyse qui permette d'identifier les schémas de fonctionnement des diverses interprétations de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant.

## **DEUXIÈME PARTIE: L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT SELON LE DROIT INTERNE DU LIBAN ET DU CANADA : Les multiples aspects d'une même notion**

La qualification du contexte socio-juridique du Liban et du Canada est une première étape indispensable à notre démarche comparative. En effet, le pluralisme législatif du Liban et le partage des compétences entre le fédéral et le provincial au Canada instaurent deux cadres de fonctionnement juridiques particuliers à chacun de ces pays.<sup>166</sup>. De plus, le mode d'interaction de la *Convention* avec les droits internes de ces pays conditionne les possibilités de son application devant les tribunaux.

Au-delà des différences socio-juridiques (I), il est nécessaire de se pencher sur le caractère polysémique de cette notion d'intérêt de l'enfant qui varie en fonction des différents acteurs de la vie familiale, à savoir les parents et les enfants eux-mêmes (II).

### **I- L'intérêt supérieur de l'enfant et les contextes socio-juridiques canadiens et libanais**

La structure sociale d'un pays ou la force de l'ancrage du religieux déterminent les comportements et les attitudes envers la famille et les enfants (A), alors que le système juridique(B) en place conditionne le mode d'interaction de la *Convention* avec le droit interne.

---

<sup>166</sup> T. GIL, *loc. cit.*, note 152.

## A- L'organisation sociale

Si au Canada, l'intérêt de l'enfant est envisagé indépendamment de son origine ethnique ou religieuse (2), le système social du Liban est tel, que l'appartenance de l'enfant à une des communautés religieuses détermine les modalités du respect de son intérêt (1).

### 1. Au Liban

Les différentes communautés<sup>167</sup> qui composent la population libanaise ont une présence institutionnalisée. En effet, le statut personnel de chaque individu est déterminé en fonction de son appartenance à l'une de ces communautés car il doit s'enregistrer comme tel au service de l'État civil du ministère de l'intérieur<sup>168</sup>. Le lien entre une communauté et ses membres n'est donc pas seulement un lien religieux, mais aussi un lien de droit public, le pluralisme communautaire s'exprimant par un pluralisme législatif. D'ailleurs l'article 9 de la *Constitution libanaise* consacre la division des libanais en communautés religieuses reconnues, formant des entités juridiques autonomes en matière de statut personnel:

«La liberté de conscience est absolue. En rendant hommage à l'Être Suprême, l'État respecte toutes les confessions et en garantit et protège le libre exercice, à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à l'ordre public. Il garantit également aux populations, à quelque rite qu'elles appartiennent, le respect de leur statut personnel et de leurs intérêts religieux.»<sup>169</sup>

En outre, l'État, à tous ses niveaux, est régi par le souci d'un partage équitable du pouvoir et des responsabilités entre les confessions, la représentation parlementaire même étant

---

167 Voir *supra*, note 22.

168 92% des libanais adhèrent à l'un ou l'autre des systèmes confessionnels établis au Liban. Pour plus de détails Voir : A. BOUDJIKANIAN, A. KAHI et J. KHOURI, *op. cit.*, note 157 p. 140.

169 Béchara MÉNASSA, *Constitution Libanaise; Textes et Commentaires et Accord de Taëf*, Beyrouth, Les Éditions L'Orient, 1995.

conçue pour assurer à toutes les communautés un nombre d'élus proportionnel à leur importance démographique<sup>170</sup>. Par conséquent, l'organisation du pays, en favorisant l'ancrage du religieux au niveau du vécu quotidien et social, aboutit à un cloisonnement accentué de la société et à la cristallisation des attitudes et des comportements traditionnels. La mosaïque confessionnelle du Liban, en renforçant les lignes de démarcation qui séparent les différentes communautés, préserve les particularités culturelles et entraîne l'atomisation d'une société où les mutations collectives sont plus lentes à se réaliser.

## 2. Au Canada

Par contre, le Canada, à côté de ses deux peuples fondateurs anglais et français, groupe une population d'origine ethnique et raciale variée qui a contribué aussi à son développement<sup>171</sup>. L'image d'une mosaïque, pour reprendre la même métaphore, mais sociale et culturelle cette fois-ci, s'applique au concept du multiculturalisme canadien qui trouve son expression dans la section 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>172</sup> (ci-après «*Charte canadienne*»): «Cette Charte doit être interprétée de manière à maintenir et à valoriser le patrimoine multiculturel des canadiens».

Cette reconnaissance du patrimoine multiculturel canadien ne confère cependant pas de droits précis<sup>173</sup> en relation avec l'origine culturelle, dans la mesure où l'obligation de promouvoir les droits de la personne, et *a fortiori* ceux de l'enfant, transcende les notions de race, de religion et de culture<sup>174</sup>. Chaque groupe a le droit de préserver sa religion et son héritage culturel mais ceux-ci demeurent les composantes de la vie personnelle. Les

---

<sup>170</sup> Pour plus de détails sur la structure politique et législative du Liban Voir : Abdo I. BAAKLINI, *Legislative and Political Development, Lebanon*, Durham, Duke University Press, 1976.

<sup>171</sup> Voir : P. S. LI, *op. cit.*, note 18.

<sup>172</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (1982, R-U., c.11)]. (Ci-après citée «*Charte canadienne*»).

<sup>173</sup> La question des droits des peuples autochtones constitue à cet égard un cas à part et ne sera pas abordée dans le cadre de ce mémoire.

<sup>174</sup> Pour une idée générale de la politique multiculturelle canadienne, Voir : Alan CAIRNS et Cynthia WILLIAMS (dir.), *The Politics of Gender, Ethnicity and Language in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1986.

particularités du vécu religieux et culturel ne s'expriment pas dans les différents aspects de la vie politique, et les institutions publiques ne cherchent pas leurs assises dans la tradition des communautés<sup>175</sup>. Par conséquent, l'évolution des faits socioculturels est facilitée par une structure sociale qui homogénéise les attitudes et les comportements sur la base de l'égalité des droits et des prérogatives de chaque individu et l'allégeance à des normes communes issues en partie de l'intégration et de l'assimilation des aspects dominants des différentes cultures présentes sur le territoire.

Au contexte socioculturel différent de chacun de ces pays correspond un système juridique particulier qui prévoit les dispositions appropriées pour la protection de l'enfant tant sur le plan général que dans le cas de la dissolution du mariage.

## **B- Les systèmes juridiques**

Si certains pays ont estimé nécessaire d'inclure une définition des droits de l'enfant dans leur Constitution<sup>176</sup>, au Liban comme au Canada, la protection de l'enfant et de ses droits reposent sur des textes législatifs qui ne sont pas enchâssés dans la Constitution<sup>177</sup>. En droit de la famille, alors que le Liban marque son attachement au pluralisme législatif (1), le Canada, respecte le partage des compétences entre les juridictions provinciales et fédérales (2).

---

<sup>175</sup> Katherine SWINTON, «Multiculturalism and the Canadian Constitution», dans Patrick GLENN et Monique OUELLETTE, *La culture, la justice et le droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 81, à la page 82.

<sup>176</sup> Par exemple, la Constitution de la République de Slovénie (adoptée le 23 décembre 1991) contient une partie spécialement consacrée aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, dans laquelle figure également une définition des droits de l'enfant. Selon l'article 56 de la Constitution, les enfants jouissent des droits de l'homme et des libertés fondamentales eu égard à leur âge et à leur maturité. Voir : *Rapport de la Slovénie*, N.U. Doc. CRC/C/8/Add. 25, 30 mai 1995.

<sup>177</sup> Au Canada, la seule protection constitutionnelle des droits de l'enfant est celle relative aux écoles confessionnelles. Il s'agit de l'article 93 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique (Loi constitutionnelle de 1867)*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3 (ci-après cité: «l'A.N.N.B.»). Cet article octroie en exclusivité aux législatures provinciales le droit de légiférer en matière d'éducation et stipule qu'aucune loi provinciale ne peut porter atteinte aux droits confessionnels que les groupes protestants ou catholiques avaient en 1867 en matière scolaire. Voir : Gérald A. BEAUDOIN, «La protection de l'enfant en droit constitutionnel au Canada et au Québec: une vue générale», (1978) 9 *R.D.U.S.* 2.

## 1. Du pluralisme confessionnel au pluralisme législatif libanais

Au Liban, le facteur confessionnel commande une partie du système juridique qui trouve son origine dans le contexte historique du pays<sup>178</sup>. L'autonomie juridique des communautés religieuses, très larges à l'origine, se limite aujourd'hui au droit de la famille. Dans les autres secteurs du droit (contrats, propriétés et biens, infractions et peines) les législations promulguées par l'autorité civile sont applicables à tous sans distinction de confession<sup>179</sup>. L'organisation judiciaire du Liban est aussi modelée par ce pluralisme législatif<sup>180</sup> et comprend à côté des tribunaux judiciaires criminels, civils et administratifs soumis à un régime unique, des tribunaux confessionnels qui peuvent juger dans le domaine de leur compétence, et dont les décisions sont exécutoires sans possibilités de recours devant les instances civiles. Toutes les matières qui concernent l'enfant et les relations parents/enfants, comme le mariage, la dissolution de la famille ou les questions de garde sont du ressort des divers droits confessionnels essentiellement groupés autour des droits musulmans<sup>181</sup> et chrétiens<sup>182</sup>.

---

178 Le Liban a été pendant des siècles sous la domination ottomane. L'Islam traditionnel ignore la distinction entre les domaines spirituel et temporel. A l'époque des conquêtes islamiques, les non-croyants, en particulier «les gens du livre» (chrétiens et juifs), avaient le choix entre l'adoption de l'Islam ou le paiement d'un impôt spécial qui leur conférait le statut de «Dimmis». Selon cette convention, «les Dimmis» gardaient la liberté d'exercer leur propre religion, ainsi que la jouissance des droits publics et privés, ce qui pour l'époque représentait un esprit de tolérance remarquable. Telle est pour le Liban l'origine de cette situation unique qui résulte du choix conscient de libérer les communautés chrétiennes de la suprématie de la loi musulmane. Le mandat français qui succéda à l'Empire ottoman tenta d'égaliser le domaine de compétence de ces différents droits. Mais pour des raisons politiques évidentes, ne pouvant restreindre le domaine de compétence des lois et juridictions musulmanes, il opta pour l'élargissement des compétences juridictionnelles des communautés non musulmanes. Un décret-loi du 3 Février 1930 reconnut aux tribunaux chrétiens la compétence en matière de mariage, de filiation, et de garde des enfants, les tribunaux musulmans gardant tous leurs chefs de compétence. Devant les difficultés à assurer l'égalisation, et pour des motifs électoraux précis, une nouvelle loi, la *Loi du 2 Avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes* élargit encore une fois en 1951, les compétences des tribunaux chrétiens. Voir : C. RIZK, *op. cit.*, note 167, pp. 19-29.

179 Voir : Pierre GANNAGÉ, *Législation comparée: Liban*, Beyrouth, Éditions Techniques-Juris-Classeurs-, 1990.

180 Pour plus de détails sur le pluralisme législatif au Liban voir : Antoine E. EL GEMAYEL. *The Lebanese Legal System*, Washington D.C., International Law Institute in cooperation with Georgetown University, 1985.

181 Dans les communautés musulmanes il faut distinguer deux ensembles de droits. Les règles du droit hanafite qui s'appliquent aux libanais musulmans de confession sunnite, et les règles du droit ja'afarite qui régissent les libanais musulmans chi'ites, que nous n'allons pas considérer. Voir : *supra*, note 24. Le droit de la communauté druze, qui est une autre communauté musulmane.

Chacune de ces communautés musulmanes et chrétiennes possède des statuts de droit personnel dont le contenu est différent et souvent tellement complexe que seuls les juristes chevronnés connaissent le statut des groupes autres que le leur. De plus, le fonctionnement judiciaire des tribunaux confessionnels est différent d'une communauté à une autre<sup>183</sup>. On comprend donc que le principe de l'intérêt de l'enfant qui existe dans les droits confessionnels, comme nous le verrons plus bas, est susceptible d'autant d'interprétations qu'il existe de droits confessionnels. L'uniformité dans l'évaluation et l'application de cette

---

s'apparente à celui des hanafites. Le processus de codification des lois de statut personnel des droits musulmans est expliqué dans: Maher MAHMASSANI et Ibtiham MESSARA, *Statut Personnel, Textes en vigueur au Liban*, Documents Huvelin, Beyrouth, Faculté de Droit et de Sciences économiques, 1970, pp. V-VIII. Selon les auteurs, l'arrêté n° 60 LR du 13 mars 1936, dans son article 4, a demandé aux diverses communautés de réglementer leurs droits sur le statut personnel et de les présenter au gouvernement. Il n'a pas été suivi d'effet, la codification effective n'ayant été entreprise qu'aux lendemains de la seconde guerre mondiale. Parmi les codifications existantes, il faut mentionner celle de la communauté druze réalisée par la *loi du 4 février 1948*, puis celle des dispositions importantes relatives au fond du droit contenues dans la *loi du 16 juillet 1962* relatives aux tribunaux *char'iyyé*. Ce sont là les deux textes modernes actuellement en vigueur. Pour les matières non réglées par eux, l'article 242 de la *loi de 1962* renvoie au code ottoman de la famille (loi du 8 muharram 1336- 25 octobre 1917), à la doctrine du rite hanafite pour la communauté sunnite. Le *Ahkam al-chariat fi al-ahwal al-chakhsiyya*, dit «code de Quadri-pacha» présente la doctrine hanafite en matière de statut personnel d'une manière condensée.

182 Le processus de codification des lois de statut personnel des droits catholique, arménien-orthodoxe et grec-orthodoxe est expliqué dans M. MAHMASSANI et I. MESSARRA, *op. cit.*, note 181, p. VI. Selon les auteurs, la connaissance du droit des communautés chrétiennes est facilitée par l'existence de textes coutumiers que les communautés ont présentés au gouvernement libanais pour répondre à l'invitation du législateur. La *loi du 2 Avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes*, dans son article 33, leur a imparti un délai d'un an pour rédiger leur statut personnel et les présenter au gouvernement. Le même texte de loi disposait que le gouvernement vérifierait la conformité de ces textes à l'ordre public et les approuverait. En fait, depuis lors, les codes communautaires sont restés à l'état de projets rédigés sur des papiers dactylographiés. Ce n'est qu'en 1963 que la «Revue judiciaire libanaise» a assuré leur première publication dans ses trois premières livraisons de l'année. Cette publication ne peut toutefois être considérée comme une approbation du gouvernement. La solution trouvée par la Cour de cassation a été de fixer la jurisprudence en ce sens que les projets de statut personnel sont applicables dans la mesure où ils forment la simple codification des usages et des coutumes de la communauté, à l'exclusion des dispositions contraires à l'ordre public.

183 Pour les communautés musulmanes, selon le principe de la non-séparation de l'État et de la religion, le droit a à la fois un caractère religieux et civil, et la juridiction musulmane dite «juridiction Chari'a» constitue en même temps une juridiction civile et religieuse. La solution adoptée par le Liban dont la religion d'État n'est pas l'Islam est la suivante: En théorie, les lois, les règles applicables et les juridictions présentent officiellement un caractère étatique et doivent faire partie de la législation libanaise. L'État doit assurer le fonctionnement financier des juridictions musulmanes. Mais dans la pratique, lois et fonctionnement judiciaire ne relèvent que des autorités communautaires. Pour la réglementation du statut des tribunaux musulmans, Voir : *Loi du 16 juillet 1962 portant l'adoption du projet relatif à l'organisation des juridictions char'i, sunnites et ja'afarites*, art. 447-460. Pour les communautés chrétiennes et israélites, l'autonomie législative et juridictionnelle est autant théorique que pratique car leur tribunaux ne s'intègrent pas à celle de l'État. Voir : M. MAHMASSANI et I. MESSARRA, *op. cit.*, note 181, v-viii.



notion sur tout le territoire libanais est irréalisable dans l'état actuel du système juridique libanais.

## 2. Partage des compétences : *Loi sur le divorce et Code civil du Québec*

Au Canada, le pouvoir juridique est caractérisé par le partage du champ de compétence entre le fédéral et le provincial<sup>184</sup>. En ce qui concerne le droit de la famille, d'après l'*A.N.N.B.*, le mariage et le divorce relèvent de l'autorité législative exclusive du parlement canadien<sup>185</sup>, alors que la célébration du mariage relève de la compétence des provinces.

Dans le cas d'une dissolution de la famille qui ne met pas en cause un divorce, les questions liées à l'exercice de l'autorité parentale et de la garde sont régies par le *C.c.Q.*<sup>186</sup> qui prévoit que toute décision concernant l'enfant doit être prise dans son intérêt et le respect de ses droits<sup>187</sup>. Lorsque la famille se disloque par suite d'un divorce, la *Loi sur le divorce* s'y intéresse comme la conséquence de la rupture du lien conjugal<sup>188</sup> et précise que la garde doit être attribuée en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Le *C.c.Q.* s'applique alors dans la mesure où il est compatible avec la *Loi sur le divorce*<sup>189</sup>, principalement pour ses effets.

---

184 G. A. BEAUDOIN, *loc. cit.*, note 184, 3; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1995.

185 L'*A.A.N.B.*, précité, note 177, art. 91 (26) et art. 92 (13).

186 Michelle GIROUX, «La séparation de corps et le divorce: aspects généraux du traitement du litige conjugal», dans COLLECTION DE DROIT, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 79, à la page 80.

187 *C.c.Q.*, art.33.

188 La *Loi sur le divorce* précitée, note 25, art. 16(18). Applicable à tous, cette loi fut adoptée par le Parlement canadien et mis en vigueur par proclamation en juillet 1969. C'était la première fois que le pouvoir fédéral usait de son droit d'imposer une législation en la matière, afin de permettre à tous les canadiens, quelque soit leur religion, d'user du droit de divorce. Jusqu'à cette date, les québécois par exemple, ne pouvaient divorcer qu'en s'adressant au Parlement fédéral par le biais du «bill privé».

189 En effet, l'article 16(1) de la *Loi sur le divorce*, précitée, note 25, affirme: «Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne, rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux.»

Parallèlement à l'influence du cadre socio-juridique, l'interprétation de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est subordonnée aux dispositions particulières du Canada et du Liban qui régissent l'interaction des traités internationaux, telle que la *Convention*, avec le droit interne.

### **C- Modalités d'interaction de la *Convention* avec le droit interne**

Le contexte constitutionnel du Liban (1) et du Canada (2) détermine deux modes d'intégration de la *Convention* dans le droit interne.

#### **1. Caractère *self-executing* de la *Convention* au Liban**

Dans l'ordre juridique du Liban où les statuts personnels sont si variés et n'ont que très peu de relations entre eux, la façon dont la *Convention* va interagir avec le droit interne présente un intérêt tout particulier.

Selon l'article 52 de la Constitution, «le Président de la République libanaise négocie et ratifie les traités en accord avec le Président du Conseil des ministres. L'Assemblée nationale en est informée par le Gouvernement aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'État le permettent»<sup>190</sup>. Il est donc clair que l'exécutif est chargé de la conclusion des traités. Quant aux moyens de leur mise en œuvre, ils ne sont mentionnés nulle part dans la Constitution. Par contre, l'article 2 du *Code de procédure civile libanais* affirme que tous les traités ratifiés par le Liban ont une application directe et une préséance sur le droit interne<sup>191</sup>. Cette règle de droit est inspirée par le droit français, qui pendant des années a été la puissance mandataire au Liban<sup>192</sup>. En effet, dans les pays de système moniste, la *Convention* par son statut de traité international a une primauté sur les lois internes et ses

---

<sup>190</sup> B. MÉNASSA, *op. cit.*, note 169.

<sup>191</sup> *Code de procédure civile libanais*, art. 2.

<sup>192</sup> Voir : Antoine HOKAYEM, *La genèse de la constitution libanaise de 1926*, Antélias, les éditions universitaires du Liban, 1996.

dispositions peuvent être directement invoquées<sup>193</sup>. Dans le cas du Liban, lorsque l'État ratifie la *Convention*, son application peut être immédiate dans toutes les matières qui ne relèvent pas du statut personnel, (comme par exemple le domaine pénal ou celui des législations du travail<sup>194</sup>). Mais en ce qui concerne la protection de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille, il revient aux tribunaux confessionnels d'y faire référence et de l'appliquer dans leurs décisions.

Théoriquement, nous nous trouvons donc dans un système juridique dont la nature justifie la force exécutoire directe du traité. En pratique toutefois, il est impossible de faire valoir, en cas de dissolution de la famille, le caractère *self-executing* de la *Convention*, et *a fortiori* se prévaloir du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que prévu à son article 3, à cause de l'autonomie entière des tribunaux confessionnels qui sont seuls compétents en cette matière.

## 2. Caractère non *self-executing* de la *Convention* au Canada

Dans le système juridique du Canada, dit dualiste<sup>195</sup>, la conclusion et l'application d'un traité sont une question fort complexe<sup>196</sup>. En effet, est-ce l'autorité fédérale ou provinciale

---

193 Ceci ne veut pas dire pour autant que l'invocation de la Convention par un sujet de droit au soutien d'une prétention devant un juge sera toujours certainement acceptée. La France est un bon exemple des incertitudes liées à l'applicabilité directe ou non de la *Convention*, à l'égard de laquelle le Conseil d'État a admis l'applicabilité directe de certaines de ses dispositions alors que la Cour de cassation maintient une position contraire. Voir : les observations du Comité sur les droits de l'enfant sur le rapport de la France, Doc. N.U., CRC/C/Add. 15; et M-C. RONDEAU-RIVER, *loc. cit.*, note 146. 204. Voir aussi: Denis ALLAND, «L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?», (1998) 1 *Revue générale de droit international public* 203.

194 Voir : *Rapport du Liban*, précité, note 159.

195 Lorraine BOUDREAU, Marie Angèle GRIMAUD et Jean-François NOEL, «La *Convention relative aux droits de l'enfant* et son application en droit canadien», dans J. RUBBELIN-DEVICHI et R. FRANK, *op. cit.*, note 162, p. 259, à la page 262.

196 En effet, lors de la rédaction de l'*A.N.N.B.*, précité, note 177, le Canada était encore une colonie de l'Empire Britannique et à ce titre les obligations du Canada naissaient des traités internationaux conclus au nom du Canada par le parlement de Londres. Voir à ce sujet, Jean-Maurice ARBOUR, *Droit international public*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, pp. 153-155. Voir aussi : William A. SCHABAS, *Précis de droit international des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

qui signe, ratifie et applique les traités? Les questions sont pertinentes dans la mesure où il existe une distinction très nette entre la conclusion d'un traité et sa mise en œuvre<sup>197</sup>. A la suite de longs débats politiques, l'opinion majoritaire<sup>198</sup> confère au gouvernement fédéral le pouvoir de traiter avec les pays étrangers. Mais si la signature et la ratification des traités internationaux dépendent du gouvernement fédéral, leur mise en œuvre peut tomber, selon le partage constitutionnel des compétences législatives, sous les prérogatives des provinces. Ainsi, si un traité porte, en tout ou en partie, sur une catégorie de matières réservées aux législatures provinciales, son intégration au droit interne ne sera possible que par une législation provinciale<sup>199</sup>. Par conséquent, le gouvernement fédéral est obligé de consulter les provinces avant de ratifier une convention internationale qui concerne les champs de compétence des provinces, leur collaboration étant nécessaire à la mise en œuvre du traité<sup>200</sup>. Ceci est particulièrement vrai dans le cas de la *Convention* étant donné que la plupart de ses dispositions relèvent de l'attribution provinciale<sup>201</sup>.

La mise en œuvre de la *Convention* dans l'ordre interne est donc une fonction législative tant au niveau fédéral que provincial. Généralement, les traités tels que la *Convention* n'ont pas dès leur ratification<sup>202</sup>, une application immédiate en droit canadien<sup>203</sup>, mais requièrent

---

197 *Attorney-General for Canada c. Attorney General of Ontario*, [1937] A. C. 326.

198 Une tendance minoritaire envisage la capacité du Québec à conclure par elle-même des traités. Pour plus de détails concernant les deux tendances qui s'opposent, Voir : Daniel TURP, «L'arrêt *Bazilo c. Collins* et la nature juridique des ententes internationales du Québec», (1984) 1 *R.Q.D.I.* 347; Claude EMANUELLI, *Droit international public, les fondements, les sources, les États*, 2e éd., t. I, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 68, 89.

199 J. M. ARBOUR, *op. cit.*, note 196, p. 160.

200 Le gouvernement fédéral ne peut mettre en œuvre un traité comportant des matières attribuées aux provinces par l'*A.N.N.B.*, précité, note 177.

201 Carmen LAVALLÉE, «La *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* et son application au Canada», (1996) *Revue internationale de droit comparé* 605, 613.

202 Le gouvernement du Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* le 12 décembre 1991, soit quinze mois après son entrée en vigueur, le 2 septembre 1990. Quelques jours plus tôt, le 9 décembre 1991, le gouvernement du Québec avait souscrit au même acte. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Décret 1676-91 (9 décembre 1991), (1992) 124 G.O. ii, 51.

203 Voir : *R. c. Canada Labour Relations Board*, (1964) 44 DLR (2d) 440; *Mastini c. Bell Telephone of Canada*, (1971) 18 DLR (3s) 215 et J. M. ARBOUR, *op. cit.*, note 196, p. 159.

une loi de mise en œuvre<sup>204</sup> pour être intégrés au droit interne et devenir applicable par les tribunaux. Une autre possibilité consiste à confier à une «courte loi introductive» l'incorporation en tout ou en partie, des dispositions d'un traité, tout en annexant le texte de ce dernier à la loi<sup>205</sup>. Mais la technique la plus courante consiste à adopter une nouvelle loi ou à modifier la loi existante en s'inspirant des dispositions du traité sans toutefois reproduire le texte ou mentionner l'origine internationale de la loi<sup>206</sup>. Comme la *Convention* n'a pas été incorporée dans le droit interne, elle n'est généralement utilisée qu'à titre de référence comme outil d'interprétation du droit canadien<sup>207</sup>, ce dont témoignent d'ailleurs quelques décisions de tribunaux<sup>208</sup>.

Ainsi, dans les arrêts *Young c. Young*<sup>209</sup>, la Cour suprême du Canada, fait référence à la Convention relative aux droits de l'enfant en tant qu'outil pertinent de l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit d'un père dont le droit d'accès avait été limité sur la base de l'intérêt de l'enfant et qui contestait la validité juridique de cette notion. Lorsque,

---

204 Dès lors, le traité fait partie du droit interne. Voir à titre d'exemple, l'article 3 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C (1985), ch. E-23 tel que mentionné dans C. EMMANUELLI, *op. cit.*, note 198, p. 83.

205 Voir : C. EMMANUELLI, *op. cit.*, note 198, p. 83. L'auteur cite comme exemple l'article 2 de la *Loi sur les privilèges et immunités diplomatiques et consulaires*, L.C.R. (1985), ch. E-23

206 L. BOUDREAU, M. A. GRIMAUD et J-F. NOEL, *loc. cit.*, note 195, 259. Les auteurs mentionnent que cette technique est notamment utilisée dans la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q. C. a-23.01, qui assure l'application au Québec des principes et des règles de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, précitée, note 69, sans toutefois l'incorporer.

207 Jusqu'à tout récemment, un traité ne pouvait s'appliquer en droit interne si la loi introductive mentionnait qu'elle avait été adoptée pour ajuster le droit national au traité. Voir : *MacDonald c. Vapors Canada*, [1977] 2 R.C.S.132, 167 et suiv. Depuis la fin des années 80, la Cour suprême a accepté de se référer au traité comme source d'interprétation du droit interne. A ce sujet voir l'opinion du juge Dickson dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relation Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, 348, et l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. T.C.I.*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1371.

208 Au Québec, on ne dénote que quelques rares décisions judiciaires ayant brièvement fait mention de la Convention et encore de façon superficielle: Voir notamment: *Riche c. Dupuis*, C.A. 200-09-000750-908, jj.Gendreau, Tourigny, Rousseau-Houle, le 16 janvier 1991; *Protection de la jeunesse-68*, J.E. 93-572; *Commission des droits de la personne du Québec et Commission scolaire de Saint-Jean-sur-le-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C. A.); *Gervais et Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire régionale Chauveau*, [1993] R.J.Q. 929.

209 [1993] 4 R.C.S. 3.

par la voix du juge L'Heureux-Dubé, la Cour confirme «la valeur universelle indéniable du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant» en tant que norme juridique pertinente en droit de la famille, elle établit du même coup sa consécration législative au Canada.

Cette même approche est également adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *P. (D.) c. (C.) S.*<sup>210</sup> qui présente une situation similaire. Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*<sup>211</sup>, concernant une demande de modification de garde, la Cour après des références successives à la Common Law, à la *Loi sur le divorce*, aux lois provinciales et au C.c.Q., invoque aussi des dispositions de documents internationaux dont l'article 3(1) de la Convention qui reconnaît la nécessité de faire de l'intérêt de l'enfant une considération primordiale dans toutes décisions le concernant.

Il n'en demeure pas moins que la valeur de la Convention, même à titre d'outil d'interprétation reste très limitée, les tribunaux se contentant uniquement de mentionner son existence.

Ce n'est que tout récemment, dans le cadre d'un arrêt en matière d'immigration<sup>212</sup>, que la Cour fédérale d'appel s'est penchée expressément et pour la première fois, sur la portée et les limites de l'applicabilité de la Convention en tant que traité ratifié par le Canada. Dans cette affaire, il s'agit de savoir si les autorités doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale, telle qu'entendue par l'article 3 de la *Convention*, afin d'annuler pour des motifs humanitaires un ordre d'expulsion émis à l'encontre d'une mère jamaïcaine dont les enfants sont nés au Canada. La question en litige se divise en réalité en deux parties: La *Convention* impose-t-elle directement aux autorités l'obligation de considérer en priorité l'intérêt supérieur de l'enfant ou le fait-elle indirectement en créant une attente légitime que cette priorité sera accordée?

---

210 [1993] 4 R.C.S. 141.

211 [1996] 3 R.C.S. 23. Voir aussi *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] R.C.S. 108.

212 *Baker c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, [1997] 2 F.C. 127 (Cour fédérale, division d'appel).

Pour ce qui est de l'obligation directe imposée par la *Convention*, la Cour fédérale d'appel a rejeté l'argument, comme on pouvait s'y attendre<sup>213</sup>, puisque la *Convention* n'a toujours pas fait l'objet d'une mise en œuvre en droit interne<sup>214</sup>.

Quant à l'attente légitime engendrée par la ratification de la *Convention*, la Cour affirme que l'attente légitime ne crée pas de droit matériel<sup>215</sup>, et évite de se prononcer sur la question de savoir «s'il est réaliste de considérer la ratification de conventions multilatérales comme proclamation valide, à l'intention de tous les Canadiens, que les affaires publiques seront subséquentement conduites conformément à ces conventions»<sup>216</sup>. L'affaire étant aujourd'hui devant la Cour suprême, il lui reviendra de trancher cette question<sup>217</sup>.

Il apparaît donc que dans le système confessionnel du Liban et dans le régime dualiste du Canada, la *Convention* ne peut être invoquée qu'à titre référentiel. Par conséquent, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est déterminée par les dispositions du droit interne qui lui accordent sa signification et délimitent sa portée. C'est justement la polysémie de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant que nous allons exploiter au cours de notre approche comparative, dans le but de montrer comment l'ambiguïté de sa définition, constatée dans nos développements consacrés à la *Convention*<sup>218</sup>, lui donne une flexibilité et un dynamisme qui lui permettent respectivement, d'être appropriée par des lois déjà existantes ou d'orienter de nouvelles réflexions légales.

---

213 *Supra*, section I, sous-section C, paragraphe 2.

214 *Baker c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, précité, note 212, 142.

215 Le juge Strayer en déclarant que l'attente légitime ne crée aucun droit matériel cite à cet égard l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pages 557-558.

216 *Id.*, 146.

217 La Cour suprême du Canada, saisie en appel (dossier 25823) a entendu les parties le 4 novembre 1998 et doit rendre sa décision sous peu. Voir: «La Cour suprême sera à l'écoute d'une immigrante», *Le Devoir*, le 4 novembre 1998, p. A-7.

218 Voir *supra*, Partie I, section I, sous-section A, paragraphe 1.

## **II- La polysémie de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant**

Pour éclairer les multiples facettes de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, nous nous proposons d'analyser les différents éléments qui interviennent dans son interprétation au moment de la dissolution de la famille, dans le cadre des deux systèmes juridiques du Liban et du Canada. Au cours de cette démarche, l'intérêt de l'enfant sera successivement placé sous une double perspective qui, selon nous, caractérise les relations de l'enfant avec sa famille. En effet, malgré ses mutations, la famille reste une constante de la vie des enfants, bien plus encore après la séparation du couple, puisque les réseaux de parenté sont mis à contribution. D'ailleurs la *Convention* considère la famille de l'enfant comme «le milieu naturel pour sa croissance et son bien être»<sup>219</sup>. Par conséquent, l'intérêt de l'enfant et la protection de son bien-être doivent tenir compte des droits et des devoirs de ses parents <sup>220</sup> (A), puis, par une inversion de point de vue, ils doivent être redéfinis en fonction du respect de ses droits fondamentaux (B).

### **A- L'intérêt de l'enfant et le respect des droits et devoirs des parents**

Au sein de la famille, l'intérêt de l'enfant et les droits et les devoirs des parents entretiennent des relations de complémentarité et de réciprocité, les deux parents étant présumés agir dans l'intérêt de l'enfant. «La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents [...]. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant»<sup>221</sup>. Mais au moment de la dissolution de la famille et de l'attribution de la garde, dans quelle mesure le partage des droits et des obligations entre les parents se fait-il dans l'intérêt de l'enfant?

---

<sup>219</sup> Voir le préambule de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5.

<sup>220</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 3 al. 2.

<sup>221</sup> *Id.*, art. 18.



Lors du partage des droits et des devoirs des parents, les sociétés traditionnelles de type patriarcal sont gouvernées par le principe de la puissance paternelle<sup>222</sup> comme c'est le cas dans les différentes communautés confessionnelles du Liban<sup>223</sup>(1). Dans d'autres types de sociétés où les mutations familiales ont été plus rapides, comme au Canada et au Québec, la jurisprudence et la législation ont évolué vers le concept de l'autorité parentale<sup>224</sup> (2) qui prend mieux en considération l'égalité des rôles entre le père et la mère lors de l'attribution de la garde.

### **1. La puissance paternelle au Liban: un principe figé dans le temps**

Selon le principe de la puissance paternelle<sup>225</sup>, et en vue du maintien de l'unité familiale, il revient au père, en tant que chef de la famille, d'assurer les besoins matériels de sa descendance et d'offrir à ses membres la protection morale et sociale nécessaire. Cependant, ses attributs (a) et ses limites (b) varient selon la conception qui lui est donnée par le droit des communautés chrétiennes ou le droit des communautés musulmanes.

#### **a) Attributs**

Mis à part le droit grec-orthodoxe qui déclare clairement que «dans la vie conjugale, le père passe avant la mère dans la garde des enfants»<sup>226</sup>, les lois sur le statut personnel des autres communautés chrétiennes, attribuent *a priori* la puissance paternelle aux deux parents<sup>227</sup>.

---

222 Voir Edith DELEURY, Michèle RIVET et Jean Marc NAULT, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité», (1974) 15 *C. de D.* 779.

223 Voir *supra*, deuxième partie, section I, sous-section A, paragraphe 2.

224 Ethel GROFFIER-ATALA, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale», (1977) 8 *R.G.D.* 223.

225 Il est à noter que le principe de la puissance paternelle prévu à l'article 243 du *C.c.B.-C.* n'a été abrogé au Québec qu'en 1977. Pour une étude sur les origines historiques de la puissance paternelle. Voir : E. DELEURY, M. RIVET, J. M. NAULT, *loc. cit.*, note 222.

226 Article 33 de la *Loi sur le statut personnel de la communauté grecque-orthodoxe*. Le droit grec-orthodoxe, plus fortement influencé par le droit musulman garantit la puissance paternelle avec l'ensemble de ses prérogatives au père seul, qui a l'obligation d'héberger ses enfants, de les élever et de les instruire, à moins qu'une décision du tribunal ne confie cette autorité à la mère.

227 L'article 119 de la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques* s'énonce comme suit: «La puissance paternelle comprend l'ensemble des droits et obligations des père et mère à l'égard de

Cependant au niveau de son application, certaines différences sont perceptibles d'une loi à une autre.

Plus fortement imprégné des conceptions patriarcales<sup>228</sup>, le droit des communautés catholiques établit un partage précis<sup>229</sup> des obligations parentales dans la vie conjugale en conférant l'obligation de l'allaitement à la mère, et les autres droits et obligations relatifs à la puissance paternelle, au père<sup>230</sup>. Ce besoin de préciser les obligations de chaque époux, même en l'absence d'une situation de conflit ou de dislocation familiale, est destiné à fixer en toutes circonstances les droits et obligations de la mère par rapport à ceux, beaucoup plus étendus du père<sup>231</sup>. On ne peut donc manquer de relever la contradiction qui existe

---

leurs enfants légitimes et adoptifs relativement à leur personne et à leurs biens, jusqu'à la majorité». Selon l'article 150 de la *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe* : «L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité. Il ne peut être soustrait à ses père et mère sans motif légal.»

228 Pierre GANNAGÉ, «La puissance paternelle dans le nouveau droit des communautés catholiques au Liban», (1956) *Annales de la Faculté de droit de l'Université Saint Joseph de Beyrouth* 103, 105. Selon l'auteur, le droit catholique a été imprégné de la conception paternaliste sous l'influence de la tradition romaine et le voisinage de la loi musulmane dans la région.

229 Selon l'article 122 de la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*:

«Les principaux droits et obligations de la puissance paternelle sont:

L'obligation d'allaiter les enfants;

L'obligation de secours et de garde et le droit de les réclamer, de les reprendre à toute autre personne et de les obliger à rester au foyer paternel;

L'obligation de donner aux enfants une éducation religieuse, morale, physique et sociale conformes à leur condition;

Le droit de les corriger et même, en cas de nécessité, de les punir mais avec douceur et sans leur nuire;

[...]

Selon l'article 123 de la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*:

«L'obligation d'allaiter les enfants incombe à la mère et les autres droits et obligations relatifs à la puissance paternelle appartiennent, en principe, au père. Toutefois lorsque le père en est déchu, ces droits et obligations passent à la mère lorsqu'elle est apte à en supporter la charge, et que le tribunal s'est assuré de cette aptitude, et a rendu, à cet effet, une décision de transfert de la puissance paternelle.»

230 *Id.*, art.123.

231 Voir P. GANNAGÉ, *loc. cit.*, note 228, 107.

entre l'affirmation de l'attribution de la puissance paternelle aux père et mère<sup>232</sup> et la concentration de la majorité des prérogatives entre les mains du père<sup>233</sup>.

Plus attentif à une application égalitaire des droits et devoirs des parents, la *Loi sur le statut personnel arménien orthodoxe* accorde la puissance paternelle «également au père et à la mère», dans toutes les situations de son exercice<sup>234</sup>. C'est seulement «en cas de divergence que l'opinion du père prévaut»<sup>235</sup>. On constate ainsi qu'il y a un régime différent de l'exercice de la puissance paternelle selon que les époux sont ou ne sont pas en accord. Cette égalité reste donc, dans les faits, essentiellement formelle, dans la mesure où toute décision concernant l'enfant est assujettie à l'approbation du père en vue d'assurer la cohésion familiale.

La notion d'une puissance paternelle qui engloberait l'ensemble des obligations des parents vis-à-vis de l'enfant, telle qu'on l'a vu dans les lois des communautés chrétiennes, n'existe pas en droit musulman<sup>236</sup>. Dans la détermination des droits et devoirs des parents, le droit musulman opère une distinction plus rigoureuse entre les composantes de l'autorité maternelle et paternelle<sup>237</sup>. Il reconnaît la «hadanah»<sup>238</sup> (droit de maternité ou droit de

---

232 *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*, art. 119.

233 *Id.*, art. 123.

234 *La loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe* précise que le père et la mère doivent exercer ensemble les attributs de la puissance paternelle notamment :

- l'attribution du prénom de l'enfant, et l'obligation de l'élever et l'éduquer (art. 152)

- l'administration des biens de l'enfant ( art. 158)

- la jouissance sur les biens de l'enfant (art. 159)

235 *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe*, art. 151.

236 Dina CHARIF FELLER, *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits syrien, égyptien et tunisien*, Genève, librairie Droz, 1996, p. 45.

237 *Ibid.*

238 Le sens étymologique de la *hadanah* suggère l'idée de serrer l'enfant à ses côtés dans son domicile en l'isolant de son père. En pratique ce concept consiste à maintenir l'enfant à la maison, à l'y faire vivre, à le surveiller, à le nourrir jusqu'à un âge déterminé. Toutefois aucune législation moderne musulmane ne donne une définition de la *hadanah* excepté le Code de statut personnel tunisien de 1956 qui la définit ainsi: «la *hadanah* consiste à assurer la protection de l'enfant dans sa demeure et de l'élever». Pour plus de détails, Voir : D. CHARIF FELLER, *op. cit.*, note 236, p. 46.

garde) qui est exercée par la mère durant les premières années de l'enfance et la «wilaya» confiée au père. Cette dernière consiste en la protection des biens de l'enfant (wilayah 'alal-mal) d'une part, et d'autre part, en la protection de la personne de l'enfant (wilayah 'alal-nafs)<sup>239</sup>. Ce deuxième aspect inclut les prérogatives habituelles de la puissance paternelle comme l'éducation et l'entretien qui sont confiés d'office au père, même lorsque l'enfant se trouve sous la hadanah de la mère<sup>240</sup>.

Dans cette conception de la famille qui reflète le poids des traditions, quelle est la place de l'intérêt de l'enfant dans les décisions d'attribution de garde? Autrement dit, une fois la dissolution du mariage constatée, l'intérêt de l'enfant constitue-t-il une limite à la puissance paternelle?

## **b) Limites**

Après la séparation des parents, la garde, en tant qu'attribut principal de la puissance paternelle, doit être accordée en théorie au père qui a l'obligation d'élever l'enfant, de l'instruire et de fixer son lieu de résidence. Cependant, même s'il demeure instrumental, le principe de la puissance paternelle n'est pas absolu dans les situations de dissolution familiale et d'attribution de garde. Au nom de l'intérêt de l'enfant, il est remis en question, dans le droit des communautés chrétiennes, par l'aptitude des parties à prendre la responsabilité de la garde (i), et il est restreint, dans les droits musulmans, par la «hadanah», en ce qui a trait au domaine précis de la garde de l'enfant en bas âge (ii).

---

239 L'article 420 du *Code de Qadri Pacha* se lit comme suit:

«Le père exerce la puissance paternelle sur la personne et les biens de ses enfants mineurs [...] de l'un ou de l'autre sexe quand bien même les enfants mineurs se trouveraient confiés à la garde de la mère.»

L'article 81 *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze* affirme:

«le père quelle que soit sa situation de fortune est wali de ses enfants des deux sexes, mineurs [...] quand à leur personne et à leurs biens même s'ils sont encore sous la hadanah de la mère.»

240 P. GANNAGÉ, *op. cit.*, note 179, p. 6.

## i) L'aptitude des parents

Pour la période d'allaitement de l'enfant<sup>241</sup> qui est nécessairement une fonction maternelle, tous les soins de l'enfant sont assurés par la mère. Autrement, le premier principe de base pour l'évaluation de l'aptitude du parent à assurer le bien-être de l'enfant, est sa bonne conduite au sein de la vie conjugale. En effet, selon le droit des communautés chrétiennes, une fois la séparation faite, «les enfants doivent être élevés par le conjoint innocent»<sup>242</sup>, le parent non gardien conservant un droit d'accès<sup>243</sup>. Ce n'est pas seulement à titre de sanction que la garde est refusée à l'époux coupable mais aussi en vue de la protection de l'intérêt de l'enfant, la présomption étant que l'inconduite conjugale met en doute l'aptitude du parent à se dévouer à son enfant<sup>244</sup>.

Ce principe n'est cependant pas général. Le législateur lui-même a prévu des dérogations, compte tenu de l'intérêt de l'enfant qui peut prévaloir sur les droits du conjoint innocent à bénéficier de la garde. A cet égard, la *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe*, inspiré sans doute du droit français<sup>245</sup>, est le plus explicite. Il précise que «le tribunal d'instance peut, compte tenu de la situation des deux parties et de

---

241 Art. 124 de la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques* et l'article 128 de la *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe* prévoit la durée de l'allaitement jusqu'à l'âge de deux ans révolus.

242 Canon 121 du *Motu Proprio «Crebrae Allatae»* du 22 février 1949 sur la discipline du mariage dans l'église orientale et article 74 de la *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe*. Il est intéressant de constater que les dispositions de l'ancien article 214 du *C.c.B.-C.* attribuait la garde au conjoint non fautif.

243 Il est intéressant de remarquer qu'aucune loi confessionnelle chrétienne ne prévoit explicitement le droit d'accès du parent non gardien. On peut supposer qu'il s'agit d'un droit implicite laissé à la discrétion du tribunal. Seule la *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe* prévoit à son article 78 que: «La partie qui n'a pas obtenu la garde des enfants [...] conserve le droit d'avoir, dans les limites raisonnables, des rapports personnels avec ses enfants; le tribunal peut prendre des mesures à ce sujet.»

244 La jurisprudence fournit de nombreux exemples où la garde est refusée à l'époux coupable. pour cause d'adultère, Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 25 juin 1994*; de désertion du foyer conjugal, Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 17 janvier 1992*; de trafic de drogue, Tribunal du statut personnel de la Communauté Arménienne orthodoxe, *jugement du 15 février 1986*. La traduction est la nôtre.

245 Méliné TOPAKIAN, *Le divorce dans la communauté arménienne grégorienne-orthodoxe du Liban*, Beyrouth, Faculté de droit et des sciences humaines de l'Université Saint-Joseph, 1972, p. 274.

l'intérêt de l'enfant, ordonner que les enfants ou quelques-uns d'entre eux soient confiés au conjoint coupable»<sup>246</sup>. La primauté du critère de l'intérêt de l'enfant sur celui du conjoint innocent s'est imposée assez vite dans la jurisprudence. Trois ans après l'entrée en vigueur de la *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe*, le tribunal a octroyé la garde au conjoint coupable en justifiant sa décision dans les termes suivants:

«[...]Quant à la garde de la fillette de 11 mois issue de ce mariage, bien qu'il ne soit pas possible d'en confier la garde à une femme adultère [...] mais puisque la femme a déclaré vouloir assumer la garde et que le mari y consent à condition qu'elle renonce à demander une pension alimentaire, et que tous deux ont signé un accord en ce sens, le Tribunal trouve raisonnable de confier la garde de la fillette à la mère.»<sup>247</sup>

Le droit catholique reconnaît aussi un pouvoir d'appréciation au juge qui peut ignorer le critère du conjoint innocent et fonder sa décision sur le «bien des enfants eux-mêmes»<sup>248</sup>. En tout état de cause, il appartient au tribunal «de prendre toute décision qui lui paraîtra de l'intérêt de l'enfant»<sup>249</sup>. Ainsi dans une cause grecque-catholique, le tribunal refuse le changement de garde d'une adolescente en expliquant «qu'à cette période délicate de sa vie, de son développement physique et psychique, de son équilibre sentimental, [...] la meilleure personne qui puisse surveiller son éducation et son développement ainsi que l'épanouissement de sa féminité serait sa mère [...]»<sup>250</sup>. En énumérant ces critères, le

---

246 *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne orthodoxe*, art. 74.

247 Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 1<sup>er</sup> mai 1954*, traduit par Méliné TOPAKIAN.

248 Canon 121 de *Motu Proprio «Crebrae Allatae» du 22 février 1949 sur la discipline du mariage dans l'église orientale*. A cet égard l'ancien article 214 du *C.c.B.-C.* donnait aussi au tribunal la possibilité d'accorder la garde à l'époux contre lequel la séparation a été prononcée «selon le plus grand avantage de l'enfant».

249 *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*, art.125.

250 Cité par Ibrahim TRABOULSI, *Le mariage et ses effets selon les confessions: les codifications du 2 Avril 1951* (en arabe), Beyrouth, Conseil des églises du Proche-Orient, 1994, p. 65. La traduction française est la nôtre. Dans une autre décision arménienne-orthodoxe, Tribunal du statut personnel

tribunal favorise une conception globale du bien-être de l'enfant, tout en reconnaissant l'aptitude de la mère à satisfaire ces besoins.

Par contre, le droit grec-orthodoxe évite toute formulation claire de l'intérêt de l'enfant mais reconnaît trois cas exceptionnels où la garde peut être confiée par décision du tribunal à la mère, en dérogation de la puissance paternelle: tant que l'enfant a besoin de sa mère, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de 7 ans pour les garçons et 9 ans pour les filles, en cas de divorce imputable au père et lorsque le père est jugé inapte à assurer l'éducation des enfants<sup>251</sup>.

Il semble *a priori* que la marge de discrétion accordée au juge pour apprécier la situation et varier les décisions dans le meilleur intérêt de l'enfant, est plus limitée en droit grec-orthodoxe. Il n'en demeure pas moins que, malgré le silence de la loi, les tribunaux n'hésitent pas à se référer au principe de l'intérêt de l'enfant pour motiver leur décision<sup>252</sup>.

Il arrive parfois que la référence à l'intérêt de l'enfant s'appuie également sur des motifs purement religieux. En effet, lorsque les parents sont de confessions différentes, la garde de l'enfant, en l'absence d'autres critères décisionnels déterminants, est généralement attribuée au père pour assurer la continuité de l'éducation religieuse de l'enfant. Cependant, dans certains cas, lorsque l'inconduite conjugale l'exige et que l'intérêt de l'enfant prime, la garde peut être confiée au parent qui n'est pas de la même religion que l'enfant, en l'occurrence la mère, si elle s'engage à élever l'enfant dans la religion du père. Ce genre d'accommodation n'est pas rare. Tel est le cas dans une décision du tribunal

---

arménien-orthodoxe, *jugement du 2 Avril 1985*, la garde du garçon est accordée au père alors que celle de la fille est confiée à la mère.

251 *Loi sur le statut personnel de la communauté grecque-orthodoxe*, art. 64.

252 Dans une cause grecque-orthodoxe, le tribunal accorde la garde à la mère en concluant:

«Attendu que la décision de garde affecte principalement le mineur, attendu que cette garde doit être décidée dans l'intérêt du mineur, il faudrait pouvoir envisager ce qui est le meilleur à la personnalité de l'enfant, ce qui assure son meilleur développement, ce qui est le plus utile pour son éducation, le tout en se basant sur la situation personnelle, juridique et sociale de l'enfant.» Citée par: I. TRABOULSI, *op. cit.*, note 250. La traduction est la nôtre.

arménien orthodoxe qui attribue la garde des mineurs à la mère à condition que les enfants fréquentent une institution scolaire arménienne<sup>253</sup>.

Le droit des communautés confessionnelles peut aller encore plus loin dans la primauté accordée au critère religieux. Ainsi la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques* prend soin de préciser que le tribunal «se réserve le droit de prendre toute mesure qui lui paraîtra de l'intérêt de l'enfant, même si elle va à l'encontre de ce qui a été dit, dans le paragraphe précédent, en vue d'assurer à l'enfant une éducation catholique»<sup>254</sup>. Autrement dit, le tribunal peut déroger aux deux principes de la puissance paternelle et de l'inconduite conjugale, pour imposer le critère unique de la religion par le biais du principe de l'intérêt de l'enfant. En pratique, cela signifie que la mère peut obtenir la garde du fait de son aptitude à prodiguer l'enseignement de la religion catholique. Il s'agit là d'un cas extrême de promotion de l'aptitude parentale et d'assimilation de l'intérêt de l'enfant à celui de sa religion.

Cette souplesse de pouvoirs octroyée aux juges des communautés chrétiennes n'existe pas en droit musulman où les règles d'attribution de garde sont soumises à des procédés rigides et précis. En effet, seul le principe de la «hadanah» du droit musulman apporte une limite à la toute puissance paternelle.

---

253 Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 8 Août 1984*.

254 Article 125(3) de la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*. Alors que le paragraphe précédent 125(2) stipule:

«1 La mère est privée du droit de garde:

- a) Si elle est rebelle et réputée pour sa mauvaise conduite et tant qu'elle se trouve dans cet état
- b) Si elle est incapable d'éduquer l'enfant et de le préserver
- c) Si, par sa faute, elle a provoqué la rupture de la vie conjugale
- d) Si elle abjure le Christianisme ou abandonne la confession catholique
- e) Si après la dissolution du mariage ou le décès du père de l'enfant elle contracte un nouveau mariage.»



## ii) La hadanah : droit de maternité

La garde proprement dite de l'enfant en bas âge, ou hadanah, revient toujours à la mère, et cette règle ne se trouve pas modifiée par la dissolution de la famille. En effet, «toute mère a le droit de garder son enfant, garçon ou fille, soit pendant le mariage, soit après sa dissolution, et lui donner les soins réclamés par son enfance, pourvu qu'elle remplisse toutes les conditions requises pour exercer ce droit»<sup>255</sup>.

Les conditions énumérées mettent l'accent, d'une part, sur les qualités personnelles de la mère qui doit être «majeure», «saine d'esprit», «digne de confiance», «d'une conduite irréprochable» et d'autre part, sur son aptitude à assurer la protection et l'éducation de l'enfant<sup>256</sup>. On n'exige pas cependant qu'elle soit de religion musulmane, s'il n'est pas craint qu'elle influence dangereusement les convictions religieuses de l'enfant<sup>257</sup>.

Cette règle fixe d'attribution de la garde rend inutile tout conflit potentiel entre parents séparés, au sujet de leur enfant, puisque la hadanah est un droit incontestable de la mère<sup>258</sup> que le père ne peut lui retirer<sup>259</sup>. Cependant, certains considèrent que la hadanah sert plutôt l'intérêt du père, pour qui la moralité et le bon développement de l'enfant représentent l'honneur. La hadanah est ainsi conçue pour le plus grand avantage du père qui se décharge sur la mère d'une partie des responsabilités qu'il ne peut assurer<sup>260</sup>.

---

255 *Code de Qadri Pacha*, art. 380, et la *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze*, art. 54.

256 *Code de Qadri Pacha*, art. 382 et la *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze*, art. 55.

257 *Code de Qadri Pacha*, art. 381.

258 Si la mère ne présente pas les qualités requises ou refuse de garder l'enfant, la hadanah revient à la ligne maternelle dans l'ordre des degrés de parenté. A égalité de degrés, les parentes utérines priment les parentes consanguines. Voir : *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze*, art. 57 et *Code de Qadri de Pacha*, art. 384.

259 D. CHARIF FELLER, *op. cit.*, note 236, p. 59.

260 *Id.*, p. 68.

En fait, il nous semble que dans l'opinion des juristes du droit musulman<sup>261</sup> la hadanah a plutôt été conçue dans l'intérêt de l'enfant, la mère étant considérée plus qualifiée que le père pour subvenir aux besoins physiques et affectifs immédiats de l'enfant en lui prodiguant la tendresse qui lui est indispensable.

Elle est toutefois fondée sur le critère du jeune âge de l'enfant et des besoins qui y sont attachés. Elle ne lui garantit qu'une protection affective et morale limitée à sa première éducation. En effet, la garde ne peut être attribuée à la mère que jusqu'à l'âge de 9 ans pour les filles et de 7 ans pour les garçons<sup>262</sup>. Au-delà de cet âge, les enfants reviennent définitivement au père au nom de la puissance paternelle rétablie<sup>263</sup>.

Le principe de la puissance paternelle est donc toujours présent dans le cadre des droits communautaires du Liban car le droit confessionnel est par essence un droit fermé. Il ne connaît que son autorité et ne consulte que sa propre loi. C'est la raison pour laquelle le droit familial n'a pas connu de changement majeur à l'époque contemporaine. Si les lois relatives aux questions de garde et d'accès que nous avons vues présentent des visages multiples, elles reflètent toute l'importance des données religieuses auxquelles elles se rattachent.

Au lieu de rester figé, face aux transformations que connaît la situation de l'enfant dans la société actuelle, le droit au Canada et au Québec a pris un cheminement différent.

---

261 Pierre GANNAGÉ, «Le système multi-confessionnel libanais et la protection de l'enfant en cas de dissolution de la famille», dans E. SCHAEFFER, *op. cit.*, note 2, p. 376, à la page 378.

262 *Code de Qadri Pacha*, art. 391, et de la *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze*, art. 64.

263 Le *Code Qadri Pacha* et la *loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze* sont silencieux sur la question d'accès du parent non gardien, elles est laissée à l'entière discrétion du tribunal.

Le principe de la puissance paternelle qui a dominé aussi le droit de la famille au Québec pendant longtemps, a été abrogé en 1977<sup>264</sup>. Son maintien jusqu'à cette date se justifiait, comme au Liban, par les convictions religieuses de l'époque. Les préceptes du catholicisme favorables à l'unité de la famille renforçaient le principe de l'autorité du père et influençaient en ce sens le droit<sup>265</sup>.

Cependant les changements socio-économiques et les décisions de la Cour suprême ont fait évoluer la notion de la puissance paternelle dans le sens de l'adoucissement<sup>266</sup>. A partir des années 70<sup>267</sup> la jurisprudence et la législation ont dû s'adapter à ce mouvement de fond qui a transformé le visage traditionnel de la famille. Les nouvelles dispositions relatives à l'autorité parentale ont fait leur apparition dans le Code civil du Bas-Canada et se sont maintenues, avec des ajustements successifs, lors de la réforme de 1981<sup>268</sup> et lors de l'adoption du nouveau Code civil en 1994<sup>269</sup>. Ces modifications juridiques donnent une dimension nouvelle à l'intérêt de l'enfant et entraînent une interprétation plus nuancée de ses composantes.

## **2. L'autorité parentale au Québec: une notion en constante évolution**

La notion de l'autorité parentale, qui remplace la puissance paternelle d'autrefois, ne présente plus un caractère patriarcal aussi absolu. Elle comprend désormais autant de

---

264 La *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, abroge l'article 243 du *C.c..B.-C.* et le remplace par un nouvel article 244 qui déclare: «Les pères et mères exercent ensemble l'autorité parentale, sauf dispositions contraires du présent Code».

265 Johanne IVANSKI et Élise LONGPRÉ, «L'autorité parentale: une responsabilité partagée», *L'autorité parentale : un droit ou un devoir...pour qui!* Prix Charles-Coderre 1984, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 71, à la page 75.

266 Albert MAYRAND, «Évolution de la puissance paternelle en droit civil québécois», dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 621, à la page 622.

267 C'est en 1969 que l'expression «garde de l'enfant» fait son apparition pour la première fois au *C.c..B.-C.* Les nouveaux articles 200 et 212 permettent désormais de statuer «sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants». Voir : *P.(D.) c. S.(C.)*, précité, note 210, 160.

268 *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39

269 Parmi les diverses modifications, la mention explicite du droit de correction des parents à l'égard de leurs enfants qui était prévue à l'article 651 du *C.c.Q.* a été supprimée.

responsabilités que de droits à l'égard de l'enfant et elle est exercée de façon collégiale par les deux parents<sup>270</sup> (a). Cependant au moment de la dissolution de la famille, l'intérêt de l'enfant intervient pour répartir l'exercice quotidien des prérogatives de chaque parent (b).

### a) Attributs

L'autorité parentale se fonde sur la présomption que les parents sont les mieux placés pour prendre les décisions nécessaires au bien-être de leurs enfants. Ce pouvoir décisionnel des parents leur accorde la liberté de faire les choix importants concernant leur enfant<sup>271</sup>. Le concept même de liberté parentale est d'ailleurs longuement discuté dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*<sup>272</sup>. Dans cet arrêt qui porte sur le droit des parents de décider des soins médicaux nécessaires à leur enfant, le juge Laforest, au nom de la majorité, élargit la portée du droit à la liberté garanti à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>273</sup> de manière à couvrir le droit à la liberté du parent d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant. Bien que ses prises de positions poussent très loin les frontières de l'autonomie parentale<sup>274</sup>, il n'en demeure pas moins que

---

270 Cette égalité des droits et responsabilités des deux parents, introduite en 1977 par les amendements du Code civil, était déjà sensible au niveau de la jurisprudence. Cependant, c'est dans la foulée de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée : «*Charte québécoise*»), que l'élimination de la distinction fondée sur le sexe trouve son expression formelle dans les dispositions relatives à l'autorité parentale. D'ailleurs la *Charte québécoise* fait elle-même référence à l'égalité des droits des parents à son article 47: «Les époux ont dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités. Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs.»

271 Voir à ce sujet : Nicholas BALA et J. Douglas REDFEARN, «“Family Law and the Liberty Interest”: Section 7 of the Canadian Charter of Rights», dans Barbara LANDAU (dir.), *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Éditions Carswell, 1986, p. 243.

272 [1995] 1 R.C.S. 315.

273 *Charte canadienne*, précitée, note 172, art. 7. Il est à noter que la *Charte canadienne* ne s'applique pas aux litiges privés dans un contexte familial, il faut en conclure que les parents ne peuvent invoquer ce droit à la liberté que dans les litiges les opposant à l'État.

274 Le juge Laforest va jusqu'à affirmer que : «En fait, nous devons convenir que les parents peuvent parfois prendre des décisions contraires aux vœux et aux droits- de leurs enfants, du moment qu'ils n'excèdent pas le seuil prescrit par l'ordre public au sens large». *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, note 272, 373.

son analyse confirme le rôle privilégié donné aux parents dans la protection de l'intérêt de l'enfant:

«Bien que je reconnaisse que les parents ont des responsabilités envers leurs enfants, il me semble qu'ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter. Une opinion contraire ferait fi de l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. [...] notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décisions par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leur enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt [...]. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la Charte [...]»<sup>275</sup>

La liberté parentale a pour contrepartie l'obligation des parents d'assumer leurs responsabilités dans le développement de leur enfant qu'ils doivent conduire à l'âge adulte<sup>276</sup>. Ils exercent ensemble l'autorité parentale et ont à l'égard de l'enfant «le droit de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant»<sup>277</sup>. Cette égalité entre les parents dans les relations qu'ils entretiennent avec leurs enfants, au-delà de l'exercice collégial de leurs droits et obligations<sup>278</sup>, signifie un accord tacite dans les actes et décisions relatifs à l'enfant. C'est ainsi qu'à l'égard des tiers de bonne foi le père ou la mère est réputé agir avec l'accord de l'autre lorsqu'il accomplit seul un acte d'autorité à l'égard de leur enfant<sup>279</sup>.

---

<sup>275</sup> *Id.*, 372.

<sup>276</sup> L'article 598 du *C.c.Q.* précise: «l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation.»

<sup>277</sup> *C.c.Q.*, art. 599.

<sup>278</sup> *C.c.Q.*, art. 600.

<sup>279</sup> *C.c.Q.*, art. 603.

En l'absence de conflits et mis à part les cas visés par la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>280</sup>, cette conception globale et égalitaire des droits et des devoirs des parents vise à servir l'intérêt de l'enfant et s'applique naturellement au sein d'une famille unie. Par contre, la dissolution de la famille est généralement perçue comme une menace au bien-être de l'enfant dans la mesure où les relations parents/enfants se trouvent déstabilisées. Les tribunaux sont alors appelés à intervenir pour décider d'une redistribution du rôle des parents et choisir une solution qui protège au mieux l'intérêt de l'enfant au moment de l'attribution de la garde<sup>281</sup>. Le poids accordé à l'intérêt de l'enfant n'est toutefois pas sans effet sur l'exercice de l'autorité parentale qui subit des modifications en fonction du réaménagement choisi.

## **b) Limites**

L'impact de l'intérêt de l'enfant en tant que critère décisionnel d'attribution de garde (ii) ne peut être apprécié qu'après une analyse de son processus de légitimation (i).

### **i) Légitimation de l'intérêt de l'enfant**

La légitimation de la notion de l'intérêt de l'enfant s'est réalisée au cours de ces vingt dernières années tant au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel<sup>282</sup>. En droit québécois, la notion de l'intérêt de l'enfant fait son entrée dans le Code civil du Bas-Canada pour la première fois en 1981<sup>283</sup>. L'actuel Code civil du Québec, en vigueur depuis

---

280 L.R.Q., c. P-34.1.

281 C.c.Q., art. 604.

282 Viviane TOPALIAN et Johanne WHITE, «Le projet de vie d'un enfant: un concept en évolution», dans *1998 Développements récents en droit de la jeunesse 101*, Service de formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.115, à la page 117.

283 L'intérêt de l'enfant fait son entrée dans le Code civil du Bas Canada en avril 1981 à l'article 30 sous ces termes :

«L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquels il se trouve.»

1994<sup>284</sup>, énonce à son article 33 le principe de l'intérêt de l'enfant<sup>285</sup> dans les termes suivants:

«Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.»<sup>286</sup>

Par ailleurs, cette notion a mûri et s'est affinée devant différentes instances pour devenir le motif déterminant des décisions en matière de garde. En effet, en 1978, dans une affaire de garde d'enfant, la Cour suprême énonce clairement:

«Il est inutile de recourir à la jurisprudence pour décrire la tâche d'un tribunal dans un litige sur la garde d'une enfant. A maintes reprises et plus particulièrement pendant toute la dernière partie de ce siècle, on a dit et répété que l'intérêt de l'enfant était la question essentielle et que tout le reste était secondaire.»<sup>287</sup>

Une fois la primauté de l'intérêt de l'enfant établie, les précisions et les mises au point apportées par la Cour Suprême, au fil des ans, ont évolué autour de trois points principaux : le rapport intérêt de l'enfant/autorité parentale, les critères d'évaluation de l'intérêt de l'enfant et finalement la nature discrétionnaire du principe.

---

<sup>284</sup> Le nouveau Code civil du Québec a été présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990 et le texte final fut adopté le 18 décembre 1991.

<sup>285</sup> Quant à la *Loi sur le divorce*, précitée, note 25, elle définit l'intérêt de l'enfant dans le contexte de l'attribution de la garde, en ces termes: «En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale de sa situation.»

<sup>286</sup> *C.c.Q.*, article 33, précité note 187.

<sup>287</sup> *Adams et autre c. McLeod et autre*, [1978] 2 R.C.S. 621, 625.

Vu sous la perspective des droits et des devoirs des parents, l'intérêt de l'enfant constitue une limite à l'exercice absolu de l'autorité parentale dans la mesure où il ne coïncide pas nécessairement avec les prérogatives des parents<sup>288</sup>. C'est ce qui ressort de la célèbre décision *Racine c. Woods*<sup>289</sup> qui indique que la «loi ne considère plus que les enfants sont la propriété de ceux qui leur ont donné la vie mais qu'elle recherche ce qui leur convient le mieux».

Dans une autre affaire, la Cour suprême, se plaçant dans le contexte plus large de la vie familiale, prend soin de nuancer son approche en soulignant sous la plume du juge Beetz, que l'intérêt de l'enfant ne remet pas en question le schéma des relations familiales, mais permet de contrôler et de pondérer l'exercice de l'autorité parentale :

«[...] l'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. [...] s'il s'avère que, quelle qu'en soit la cause, le développement et l'épanouissement de l'enfant risquent d'être compromis du fait qu'il est laissé chez ses parents ou qu'il y est retourné, l'intérêt de l'enfant permet alors de passer outre aux droits du titulaire de l'autorité parentale. L'intérêt de l'enfant ne supprime donc pas l'autorité mais il prescrit des paramètres d'exercice.»<sup>290</sup>

Reconnaître un intérêt propre à l'enfant suppose la mise au point de critères spécifiques d'évaluation de cet intérêt. Déjà en 1985, le juge McIntyre avait indiqué dans l'arrêt *King c. Low*, les facteurs significatifs dont les tribunaux doivent tenir compte lorsqu'il s'agit de trancher une question de garde :

---

288 Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Les droits des personnes physiques*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 467.

289 [1983] 2 R.C.S. 173, 174.

290 *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 269.



«Cette question ne sera pas déterminée seulement à partir du confort physique et des avantages matériels que peut offrir le foyer de l'une ou de l'autre des parties, le bien-être de l'enfant doit être déterminé en tenant compte de ces facteurs et de tous les autres éléments pertinents, dont le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif.»<sup>291</sup>

De plus, aux yeux de la cour, la solution choisie doit garantir à l'enfant «une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte»<sup>292</sup>.

Dans son appréciation de l'intérêt de l'enfant, le tribunal doit donc être guidé par les critères qui influencent sa vie actuelle et déterminent son futur. Constatant la complexité des éléments mis en jeu, le juge l'Heureux-Dubé dans *P.(D.) c. S.(C.)*, reconnaît que le critère du meilleur intérêt de l'enfant est compris «comme englobant une panoplie de facteurs tels l'âge, le sexe, la race, la religion, l'instruction, l'équilibre psychologique, l'opinion de l'enfant et la conduite des parents, de même que la possibilité d'offrir à l'enfant un foyer relativement normal.»<sup>293</sup>

Il reste que cette énumération de facteurs pertinents à la recherche de l'intérêt de l'enfant n'enlève en rien le caractère discrétionnaire de cette notion. En effet, si des critères objectifs comme l'âge et le sexe, n'ont pas besoin de précisions supplémentaires, d'autres comme les besoins affectifs et moraux (religion, éducation, équilibre psychologique etc.) donnent lieu à des interprétations subjectives de la part du juge. Le caractère trop discrétionnaire de la notion de l'intérêt de l'enfant a entraîné d'ailleurs une mise en cause de

---

291 [1985] 1 R.C.S. 87,101.

292 *Ibid.*

293 *P. (D.) c. S.(C.)*, précité, note 210, 176. Voir aussi: *Goyette (In Re) : Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429, 434; *Droit de la famille-678*, [1990] R.D.F. 395 (C.A.); *Droit de la famille-1084*, [1987] R.D.F. 117, 120-21; *Droit de la famille-1326*, [1990] R.D.F. 401,403 et *Droit de la famille-1332*, [1990] R.D.F. 409.

sa constitutionnalité<sup>294</sup>. La Cour suprême a cependant tranché le débat en établissant la conformité du concept de l'intérêt de l'enfant, avec les principes de *la Charte canadienne*<sup>295</sup> :

«[J]'estime, en effet, que la présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. Ce qui ressort d'un examen du contexte de l'art. 30 C.c.B.C., ainsi que de son libellé. Cette discrétion conférée par l'art. 30 C.c.B.C. permet de mieux cerner les circonstances de chaque cas, circonstances qui peuvent varier à l'infini. La souplesse de cet article ne le rend pas imprécis pour autant. Au contraire, les dispositions législatives adoptées en droit de la famille, en particulier celles portant sur la garde et le droit de visite et de sortie comme l'art. 30 C.c.B.C., constituent probablement le meilleur exemple du type de législation requérant, pour réellement satisfaire ses objectifs, une discrétion judiciaire étendue.»<sup>296</sup>

Une fois la primauté du principe de l'intérêt de l'enfant établie, conformément aux lignes directrices de la Cour suprême, reste à déterminer quelle a été son application dans la répartition du rôle des parents au moment de la dissolution de la famille.

## ii) Redistribution du rôle des parents

Après la séparation ou le divorce, les deux parents demeurent en principe<sup>297</sup> titulaires de l'autorité parentale<sup>298</sup>. Cependant, en pratique, l'attribution de la garde à l'un des parents

---

<sup>294</sup> Claire BERNARD, «Les droits de l'enfant, entre la protection et l'autonomie», dans Lucie LAMARCHE et Pierre BOSSET, *Des enfants et des droits*, Sainte Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1997, p. 24, à la page 35.

<sup>295</sup> Précitée, note 172.

<sup>296</sup> *P. (D.) c. S(C.)*, précité, note 210, 176.

<sup>297</sup> Hormis les cas de déchéance de l'autorité parentale.

entraîne un démembrement de l'autorité parentale<sup>299</sup>. Le parent non-gardien, privé de la présence physique de son enfant, se trouve souvent exclu des décisions quotidiennes et ne peut exercer son autorité qu'à travers le droit de visite à son enfant et le droit de surveillance sur l'enfant<sup>300</sup>.

Sachant que l'absence d'un des parents «accroît l'importance de la présence de l'autre»<sup>301</sup>, les tribunaux, avant d'accorder leur préférence au père ou à la mère, sont tenus d'évaluer minutieusement l'intérêt de l'enfant. De façon corollaire, le meilleur intérêt de l'enfant exige que sa garde soit confiée au parent qui est le plus apte à satisfaire ses besoins tels qu'énoncés à l'article 33 du *C.c.Q.*

L'évaluation de l'aptitude parentale, au moment de l'attribution de la garde, a été pendant longtemps soumise à la règle de la bonne conduite conjugale<sup>302</sup> d'une part et à la doctrine de l'âge tendre d'autre part. Dans le premier cas, la règle reposait sur la présomption que le conjoint qui avait manqué à ses obligations d'époux manquerait aussi à ses devoirs de

---

298 La Cour suprême ne manque pas de souligner que le titulaire qui perd l'exercice du droit de garde n'est pas dépouillé des autres attributs de l'autorité parentale en l'occurrence la surveillance, l'éducation et l'entretien de l'enfant. Voir à ce sujet les propos du juge Beetz dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 290, 281-283. Voir aussi: *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 210, 164.

299 Mario PROVOST, «Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant: réflexions à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel», (1987) 47 *R. du B.* 199, 206.

300 L'article 605 du *C.c.Q.* affirme d'ailleurs «que la garde de l'enfant ait été confiée à l'un des parents ou à une tierce personne, quelles qu'en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation». Il reste toujours au parent non-gardien le recours prévu par la loi pour saisir le tribunal s'il croit que le gardien ne remplit pas correctement ses devoirs envers l'enfant étant entendu que toute décision est réversible lorsque l'intérêt de l'enfant est remis en question. Voir aussi *C.c.Q.*, art. 604.

301 Albert MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», (1988) 67 *R. du B.* 193, 207. Les propos de cet auteur sont d'ailleurs cités par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *W. (V.) c. S.(D.)*, précité note 211, 148 :

«Dans la proportion où l'autorité parentale du parent non-gardien est diminuée et affaiblie, celle du gardien désigné par le tribunal est renforcée. Son droit de garde au sens strict du mot, qu'il partageait avec son conjoint, devient un droit exclusif, sauf qu'il est ordinairement soumis à la faculté accordée à l'ex-conjoint de visiter et d'héberger l'enfant pour des périodes limitées.»

302 Après l'abrogation de l'article 214 du *C.c. B.-C* qui attribuait la garde au conjoint non fautif, l'article 16(9) de la *Loi sur le divorce*, précitée, note 25, confirme la dissociation entre la conduite conjugale et l'aptitude parentale: «En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père et de mère.»

parent<sup>303</sup>. Dans le deuxième cas, il était présumé que la mère, plus que le père, possédait les qualités nécessaires pour subvenir aux besoins d'un enfant en bas âge<sup>304</sup>. L'évolution des mœurs et la banalisation du travail des femmes à l'extérieur du foyer<sup>305</sup>, sont les causes de l'affaiblissement de ces deux critères<sup>306</sup>.

Aujourd'hui, bien que la qualification des parents se déduit d'un examen de chaque cas en particulier<sup>307</sup>, deux types d'évaluation des rapports parents/enfants se dégagent des décisions d'attribution de garde: la capacité du parent à satisfaire le besoin de stabilité de l'enfant et la disponibilité effective du parent à garantir le bien-être de l'enfant.

Selon la première approche, il est dans le plus grand intérêt de l'enfant de sauvegarder sa stabilité après le traumatisme de la séparation des parents. Cette stabilité vise autant à maintenir l'enfant dans un entourage physique, social, scolaire familiaux qu'à lui épargner toutes formes de perturbations matérielles ou affectives<sup>308</sup>. Dans une cause récente<sup>309</sup> où la mère s'était établie au Chili sans prévenir le père et avait violé son engagement de collaborer avec un psychologue, il a été estimé «qu'il n'est pas approprié de changer la garde des enfants malgré les agissements de la mère: ils lui sont très attachés et elle s'est

---

303 Albert MAYRAND, «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant». (1982) 85 *R. du N.* 28.

304 Claire BERNARD, Robin WARD et Bartha Maria KNOPPERS, «*Best Interests of the Child Exposed: a Portrait of Quebec Custody and Protection Law*», (1992) 11 *Rev. Can. D. Fam.* 57, 77.

305 *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166, 173. Dans cette décision, le juge démontre comment, du fait du travail des femmes, la doctrine de l'âge tendre n'est plus valable aujourd'hui.

306 Il ne faut pas toutefois sous-estimer la persistance de la doctrine de l'âge tendre. Selon le *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, Ministère de la justice du Canada, Ottawa, 1993, de sérieuses critiques ont été formulées au sujet des décisions actuellement rendues en matière de garde qui favorisent encore les mères. Effectivement dans une décision rendue en 1995, le juge prend soin de préciser que l'enfant «n'a pas encore trois ans et que son intérêt bien compris commande que sa garde soit confiée à sa mère». Voir : *S.B. c. D.L.* [1995] A.Q. no 1003 (Q.L.)

307 C. BERNARD, R. WARD et B. M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 304, 61-64.

308 Voir : *Droit de la famille-925*, J.E. 91-72 (C.A.)

309 *Droit de la famille-2689*, [1997] R.D.F. 485.

bien occupée d'eux. Il faut leur éviter un nouveau bouleversement»<sup>310</sup>. De plus, le juge ajoute, pour bien montrer la dissociation de la conduite du parent de sa capacité parentale:

«une décision relative à la garde ou l'accès ne doit jamais être une récompense ou une punition pour l'un ou l'autre des parents, mais bien une décision prise dans le seul intérêt des enfants.»<sup>311</sup>

Cette différenciation entre la conduite du parent et sa capacité parentale explique comment certains comportements, tels l'alcoolisme<sup>312</sup>, n'exercent pas toujours d'influence discriminatoire dans les décisions d'attribution de garde ou de visite, à moins qu'ils ne soient préjudiciables à l'intérêt de l'enfant<sup>313</sup>. Quant à l'orientation sexuelle du parent, elle est de moins en moins une cause de changement de garde, à condition qu'elle n'interfère pas avec les capacités parentales et ne perturbe pas l'enfant<sup>314</sup>.

La deuxième approche accorde la priorité à la disponibilité effective du parent à assurer le bien-être de l'enfant. Il est évident que dans la réalité de la vie quotidienne, l'enfant a besoin de la présence et de l'attention régulières du parent pour mener à bien son développement scolaire, social et personnel. L'aptitude du parent à se consacrer à l'enfant est évaluée soit en fonction de son rôle antérieur au sein de la famille, soit à la lumière des données nouvelles engendrées par la dissolution de l'union. Le premier point de vue conduit généralement à l'attribution de la garde au parent qui était en charge des besoins de

---

310 *Id.*, 491.

311 *Ibid.*

312 *Droit de la famille-935*, J.E. 91-151.

313 Il existe des conduites parentales qui sont répréhensibles comme l'agressivité et la violence. Cependant, les tribunaux ne tiennent pas nécessairement compte de la preuve d'agression à l'endroit de l'épouse comme un élément pertinent pour rendre leur ordonnance sur la garde et l'accès alors que le fait même d'assister à des scènes de violence à la maison risque de nuire à l'intérêt de l'enfant. Voir : *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, *op. cit.*, note 306, p. 12.

314 *Droit de la famille-2568*, [1997] R.D.F. 73, 75. Le juge statue sur une requête de changement de garde en affirmant: «La preuve n'a pas démontré que la nouvelle orientation sexuelle du père a affecté ou perturbé l'enfant».

l'enfant durant l'union<sup>315</sup>, ce qui, selon certains<sup>316</sup>, favorise habituellement la mère. Dans le deuxième cas, en plus de la volonté déclarée du parent d'ajuster son mode de vie aux besoins de l'enfant, sont pris en considération les horaires et les activités professionnelles afin de garantir une interaction personnelle et continue du parent avec l'enfant<sup>317</sup>. Cependant, en cas de surenchère entre ces deux critères, nous avons constaté que la disponibilité du parent cède souvent le pas à sa capacité d'assurer la stabilité de l'enfant<sup>318</sup>.

Une place à part doit être accordée aux situations où les attitudes religieuses et l'origine culturelle du parent deviennent un critère décisionnel d'attribution de garde et d'accès. Il est vrai qu'aujourd'hui<sup>319</sup>, les valeurs culturelles et religieuses qui sont du domaine privé, ne doivent pas *a priori* être pris en compte par les tribunaux préoccupés avant tout de déterminer lequel des adultes présentés est le plus apte à satisfaire les besoins de l'enfant<sup>320</sup>. Néanmoins, les arguments religieux et culturels sont souvent invoqués par les parents pour influencer et modifier les décisions de garde et d'accès<sup>321</sup>. La problématique à résoudre est alors posée par les tribunaux dans la seule perspective de l'intérêt de l'enfant.

---

315 Ce point de vue généralement connu comme la théorie «du pourvoyeur de soins» a été analysé par madame la juge l'Heureux-Dubé dans les deux arrêts *Young c. Young* et *P.(D.) c. S. (C.)*, précités note 209 et note 210.

316 Nicholas BALA, «Developments in Family Law: The 1993-1994 Term, The Best Interests of the Child», (1995) 6(2) *Supreme Court Law Review* 453, 462. Selon l'auteur, cette théorie du «principal pourvoyeur de soins» favorise les mères qui assurent la majeure partie des responsabilités quotidiennes relatives aux soins de leurs enfants pendant l'union.

317 Voir : *L. C. c. A. B.*, [1994] A.Q. n°1108 (Q.L.). Dans cette cause la garde d'une enfant de deux ans est, malgré son jeune âge, attribuée au père dont l'horaire de travail paraît mieux à même de favoriser sa présence et d'assurer le cadre nécessaire au développement de l'enfant.

318 *Droit de la famille-1846*, [1993] R.D.F. 415. Dans cette cause, malgré la disponibilité de la mère qui ne travaille pas à l'extérieur, la garde est attribuée au père, le juge ayant décidé que le risque d'aliénation parentale exercée par la mère nuit plus à l'intérêt et à la stabilité affective de l'enfant que la disponibilité moins grande du père.

319 Il est à noter que l'ancien article 30 du *C.c.B.-C.* mentionnait expressément la religion et la langue comme critères à considérer dans la détermination de l'intérêt de l'enfant.

320 Voir : *Droit de la famille 1918*, [1994] R.D.F. 68, 77. Dans cette cause portant sur la garde d'un enfant iranien, le juge rejette l'argument culturel avancé par le père en affirmant que l'enfant doit être élevé «par le parent qui est susceptible de mieux lui assurer la croissance, c'est-à-dire son développement physique, affectif, intellectuel et moral, en un mot, par le parent le plus susceptible de mieux l'équiper pour faire face au monde dans lequel il vivra».

321 Voir : John Tibor SYRTASH, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992, pp. 1-6.

Autrement dit, il s'agit de savoir si les activités et les attitudes culturelles ou religieuses du parent peuvent affecter la stabilité ou le bien être de l'enfant.

C'est en fonction de la réponse apportée à cette question que le tribunal détermine dans quelle mesure le parent gardien peut diriger seul l'éducation religieuse et culturelle de l'enfant et de façon corollaire, le parent non gardien participer au développement de cet aspect de la personnalité de l'enfant<sup>322</sup>.

D'une manière générale, l'éducation religieuse de l'enfant par le parent gardien est contestée uniquement lorsqu'elle comporte une part d'endoctrinement qui risque de porter préjudice à l'enfant en le marginalisant ou en lui inculquant des sentiments d'exclusion vis-à-vis des autres et du parent non gardien en particulier<sup>323</sup>. Ce dernier peut, par ailleurs, transmettre sa religion et sa culture à l'enfant, à moins que des excès ne justifient des restrictions à ses droits d'accès<sup>324</sup>. Cependant, dans certains cas, l'identification culturelle ou religieuse de l'enfant est tellement ancrée, que toute tentative de partage des croyances a une influence déstabilisatrice<sup>325</sup>.

Quelle que soit la décision du tribunal dans l'attribution exclusive de la garde, l'intégrité de l'autorité parentale est difficile à préserver. L'objectif initial d'égalité des droits et devoirs

---

322 Voir : Shauna VAN PRAAGH, «Religion, Custody, and a Child's Identities», [1997] 35(2) *Osgood Hall Law Journal* 309, 314.

323 *Droit de la famille-3055*, [1998] R.D.F. 475, 483. Dans cette cause, le juge rejette les arguments d'isolement d'endoctrinement et de marginalisation soulevés par le père :

«Il semble évident, puisque l'aspect moral, spirituel et religieux est un des aspects importants de l'intérêt de l'enfant, que si on le laisse en jachère cela peut lui être néfaste. Ne reproche-t-on pas justement à notre société contemporaine son manque de valeurs? N'attribue-t-on pas à ce vide moral et spirituel le taux élevé de suicides et de mésadaptation sociale que la société québécoise connaît en ce moment?»

324 A ce sujet, voir les opinions exprimées par les juges de la Cour Suprême dans les arrêts *Young c. Young et P.(D.) c. C.(S.)*, précités, note 209 et note 210.

325 Voir *Droit de la famille-2201*, J.E. 95-1094. Dans cette affaire relative à une requête visant à obtenir que des enfants cessent de suivre des cours d'enseignement catholique, le père qui pratique la religion musulmane, désire que ses enfants soient dorénavant inscrits au cours d'enseignement moral afin que l'instruction religieuse soit laissée à chacun des parents. Le juge a rejeté la requête en affirmant qu'il serait contraire à l'intérêt des enfants de les contraindre à abandonner l'enseignement catholique auquel ils sont attachés. Voir *contra* : *Droit de la famille-2494*, [1996] R.D.F. 647 (C.S.).

des parents se trouve ainsi trahi et affecte l'intérêt bien compris de l'enfant. Il nous semble évident que le concept de l'équilibre des pouvoirs entre les titulaires de l'autorité parentale ne vise pas seulement à respecter l'égalité entre les sexes, mais à faire profiter l'enfant des autorités complémentaires du père et de la mère en vue d'un développement harmonieux de sa personnalité.

Pour réduire ou limiter les inégalités dans l'exercice de l'autorité parentale ou lorsque les deux parents garantissent le même environnement sécuritaire et épanouissant, l'attribution de la garde conjointe, lorsqu'elle est possible, constitue une option conforme à l'intérêt de l'enfant.

La garde conjointe ou «le rééquilibrage de l'autorité parentale»<sup>326</sup> consiste à attribuer en pleine égalité, la garde de l'enfant à ses pères et mères divorcés ou séparés<sup>327</sup>. L'autorité parentale est réellement exercée par les parents qui ont la possibilité de participer directement à l'éducation et à l'entretien de l'enfant. Malgré la dislocation de la famille, l'intérêt de l'enfant continue ainsi d'être adéquatement protégé puisqu'il bénéficie d'un contact direct et régulier avec ses deux parents et profite respectivement de leur influence complémentaire<sup>328</sup>.

Pourtant l'exercice conjoint de la garde a souvent été l'objet de critiques dans le contexte du *C.c.Q.*<sup>329</sup>. L'argument principal avancé est que la garde ne peut être exercée simultanément par les deux parents puisqu'elle implique la présence de l'enfant près du

---

326 L'expression est de A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 301.

327 M. PROVOST, *loc. cit.*, note 299, 211.

328 A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 301, 206-207. L'auteur explique pourquoi la garde conjointe, lorsqu'elle est possible, demeure la solution la moins perturbatrice pour l'enfant: «Pendant le mariage [...] les différences de vue des parents s'expriment parfois en présence de l'enfant, de sorte que pour lui l'autorité d'un parent peut être neutralisée par l'avis contraire de l'autre. Après le divorce, le gardien reste près de son enfant et loin de son contradicteur habituel; ses idées sur l'éducation ont préséance et sa manière de les appliquer s'impose avec plus d'autorité».

329 Pour plus de détails sur les controverses concernant la garde conjointe, Voir : C. BERNARD, R. WARD et B. M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 304, 70; M. PROVOST, *loc. cit.*, note 299, 210-214.



parent gardien<sup>330</sup>. Par conséquent, il vaut mieux adopter, comme certains juristes l'ont suggéré<sup>331</sup>, la formule de garde alternée ou de garde partagée qui reflète d'avantage l'esprit dans lequel les prérogatives parentales sont exercées:

«Chacun des parents a le plein exercice de l'autorité parentale (juridique et physique) pendant la période où l'enfant lui sera confié, l'autre ne conservant que ses droits de visite et de surveillance pendant cette période».<sup>332</sup>

Il n'en demeure pas moins que la garde partagée, est une solution avantageuse pour l'enfant avec pour conditions préalables des capacités parentales égales et comparables, une proximité des lieux publics et physiques, une communication fonctionnelle entre les deux parents, un style d'éducation comparable et enfin le désir des deux parents ainsi que celui de l'enfant à avoir une garde partagée<sup>333</sup>.

Si la réussite d'une garde partagée dépend de la disposition des parents à gérer leur vie et leur emploi du temps en fonction de leurs obligations envers l'enfant, un manque de coopération entre eux est communément jugé plus nocif que bénéfique à l'intérêt de l'enfant. En effet, la préservation de la stabilité et de l'unité de son développement peuvent être mis en danger lorsqu'il se trouve face à des points de vue compétitifs de parents en

---

330 Robert LESAGE, «Garde ou autorité parentale: l'emprise de la sémantique», (1988) 91 *R. du N.* 46, 52.

331 Renée JOYAL, «Quelques réflexions sur l'article 16 de la Loi de 1985 [Loi sur le divorce, L.R.C.(1985) c. 3 (2e suppl.)] sur le divorce relatif à la garde des enfants», (1987) 47 *R. du B.* 817, 819.

332 Claire L'HEUREUX-DUBÉ, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?», (1979) 39 *R. du B.* 35, 854. Voir aussi: Albert MAYRAND, «La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale dans diverses ordonnances de garde d'enfant», (1988) 33 *R. D. McGill* 257, 278. Selon cet auteur, «on entend par *garde physique* le droit de retenir l'enfant chez soi ou de déterminer le lieu de sa résidence. C'est le droit de garde au sens strict du mot, le premier des trois attributs de l'autorité parentale [...] détaché, dans la mesure du possible, des deux autres attributs qui sont les droits de surveillance et d'éducation.»

A l'opposé, on entend par *garde juridique* le droit qu'a une personne de surveiller et éduquer un enfant même s'il ne réside habituellement pas avec soi et prendre les décisions importantes à son sujet. C'est en somme l'autorité parentale amputée du véritable droit de garde.»

333 Ces conditions sont énumérées dans *Droit de la famille-1636*, [1992] R.D.F. 600, 603.

situation de conflits<sup>334</sup>. Toutefois, le tribunal peut ordonner l'exercice conjoint de la garde à l'encontre du souhait des parents si l'intérêt de l'enfant l'exige. Le caractère paradoxal d'une telle décision est justement abordé dans l'affaire *Droit de la famille-2419* où malgré les difficultés de communication entre les époux la garde partagée est maintenue:

«Bien que le tribunal puisse comprendre le désir légitime de M. B... de limiter au maximum les communications avec son épouse, ce motif ne saurait constituer une raison valable pour mettre de côté la garde conjointe.

Les époux qui ont eu des enfants sont condamnés à maintenir une relation entre eux pour l'intérêt des enfants, et, peu importe qu'il s'agisse d'une garde exclusive à l'un des parents ou d'une garde conjointe. Le mariage peut être de courte durée. Mais non le rôle des parents.»<sup>335</sup>

Quel que soit l'encadrement juridique des relations parents/enfants au Liban ou au Canada, l'adhérence de l'enfant à la famille est une constante que les tribunaux tentent de sauvegarder en faisant prévaloir l'intérêt de l'enfant. Ce standard universel, qui est un dénominateur commun<sup>336</sup> aux deux systèmes juridiques, doit toutefois faire face à deux contraintes: celle d'être interprété différemment à la lumière du droit de chaque pays, et celle d'être soumis à la discrétion des tribunaux avec le risque de basculer dans l'arbitraire.

---

334 Dans une cause portant sur l'applicabilité de la garde partagée, la Cour d'appel sous la plume du juge Gendreau souligne: «Il lui [le juge] faudra être convaincu que les ex-époux seront tous deux de bons parents et surtout qu'ils sont capables de passer outre leur querelles personnelles pour collaborer ensemble au meilleur développement de leurs enfants.» Voir : *Droit de la famille-301*, [1988] R.J.Q. 17, 25.

335 *Droit de la famille-2419*, [1996] R.D.F. 355, 357-358.

336 Voir plus haut le principe du plus petit dénominateur commun préconisé par la *Convention*, *supra*. Partie I, section I, sous-section B, paragraphe 2.

### 3. Les interprétations de l'intérêt l'enfant: convergences et divergences

L'intérêt de l'enfant est une considération présente dans tous les droits confessionnels du Liban ainsi que dans les dispositions du *C.c.Q.* et de la *Loi sur le divorce*. Cependant son origine et sa portée actuelle reposent sur des conceptions de la famille qui diffèrent d'un pays à un autre et d'une communauté à une autre dans le cas du Liban. Les valeurs qui déterminent son interprétation varient d'un pays à autre et même d'une communauté à une autre dans le cas du Liban.

Une première différence se manifeste dans le processus de prise de conscience de l'intérêt de l'enfant en tant que principe juridique. Au Liban, l'intérêt de l'enfant n'est littéralement et expressément mentionné que dans les droits arméniens orthodoxe<sup>337</sup> et catholique<sup>338</sup> même s'il apparaît être une préoccupation inhérente aux dispositions d'attribution de garde des droits musulmans et grec-orthodoxe. Il a été introduit dans les lois communautaires chrétiennes lors de leur codification exigée par l'État en 1951. Sa portée et sa formulation correspondent aux données socioculturelles de l'époque, et n'ont pas été repensées ni remaniées après cette date. Quant aux lois musulmanes, elles se réfèrent pour la plupart au code ottoman de la famille du 25 octobre 1917. Par conséquent l'impact fondamental de ce principe consacré par la *Convention* n'est pas visible dans les textes de droit libanais. Par contre, les tribunaux chrétiens ne manquent pas de s'y référer pour appuyer leurs décisions.

Au Canada, l'intérêt de l'enfant est expressément reconnu et formulé dans la législation provinciale<sup>339</sup> et fédérale<sup>340</sup> en droit de la famille comme principe fondamental dans toute décision concernant l'enfant. Comme on l'a vu précédemment, il a été l'objet d'une auto-

---

<sup>337</sup> Voir : Articles 74 et 75 de la *Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne orthodoxe*.

<sup>338</sup> Voir : Canon 1132 du *code canonique latin*, et l'article 125 de la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*.

<sup>339</sup> Il y a cependant une exception dans la loi des Territoires du Nord-Ouest. En effet, le législateur n'a pas utilisé les mots «intérêt de l'enfant». Le tribunal doit plutôt tenir compte du «bien-être de l'enfant, de la conduite des parents et des désirs de chacun des parents». Voir : la *Loi sur les relations familiales*, L.R.T.N.-O, (1988), ch. D-8, art. 28(2).

<sup>340</sup> Voir la *Loi sur le divorce*, précitée, note 25.

analyse et d'une auto-réflexion de la part des tribunaux provinciaux et de la Cour suprême du Canada<sup>341</sup>. Sa portée s'est donc graduellement élargie, et sa formulation a évolué de manière à s'adapter aux changements des comportements familiaux et aux normes élaborées par la communauté internationale. Lorsque la loi a clairement énoncé la primauté de l'intérêt de l'enfant elle n'a donc fait que confirmer un principe bien ancré dans la jurisprudence<sup>342</sup>.

Cependant la loi ne définit pas d'une manière détaillée les critères de son évaluation. Après une énumération générale des besoins de l'enfant, elle invite à tenir compte des autres aspects de sa situation<sup>343</sup>, reconnaissant ainsi l'importance d'une appréciation concrète de chaque cas et l'impossibilité d'enfermer les critères pertinents dans un texte de loi rigide. L'évaluation de l'intérêt de l'enfant est donc laissée à la discrétion des tribunaux. C'est ici qu'apparaît la deuxième différence majeure entre l'approche du Canada et celle du Liban, spécialement celle du droit musulman. L'ordre de dévolution automatique de la garde en droit musulman, ne laisse aucune place à la discrétion du tribunal. Les règles précises et rigides de l'attribution de la garde sont destinées à assurer la protection de l'enfant contre les querelles personnelles. Force est de constater qu'il s'agit là d'une interprétation de l'intérêt de l'enfant standardisée, sur laquelle l'évolution du temps n'a pas de prise. C'est comme si l'intérêt de l'enfant est évalué et pré-établi une fois pour toutes d'une manière uniforme. Le pouvoir d'appréciation du juge se limite à la constatation des circonstances sans qu'il puisse modifier l'organisation de l'attribution de la garde. Quant aux droits des communautés chrétiennes, la marge de manœuvre laissée au juge lui permet d'adapter les lois à la spécificité des espèces dont il est saisi. Sa capacité d'appréciation de l'intérêt de l'enfant est plus grande, puisqu'elle lui permet de déroger aux critères dominants de la puissance paternelle et du conjoint innocent, mais elle s'exerce toujours dans le cadre strict des normes reconnues.

---

<sup>341</sup> Voir *supra*, Partie II, section II, paragraphe A, sous-paragraphe 2, b).

<sup>342</sup> E. DELEURY et D.GOUBAU, *op. cit.*, note 288.

<sup>343</sup> *C.c.Q.*, art. 33.

Dans ces trois modes différents d'appréciation, les fondements de l'intérêt de l'enfant sont communs. Il est clair pour tous les systèmes de droit que l'intérêt de l'enfant réside dans la satisfaction de ses besoins physiques, affectifs, intellectuels et moraux. Tous les droits reconnaissent également que la satisfaction de ces besoins est garantie par l'exigence de certaines qualités/aptitudes essentielles chez le parent chargé de la garde. C'est ce qui explique la minutie des lois qui régissent la garde et l'accès dans le contexte de la séparation. Cependant, des différences se manifestent quant à l'interprétation de ses besoins et à la priorité qui leur est accordées (a) et quant aux composantes de l'aptitude parentale (b). Les critères qui apparaissent dans ces deux catégories reçoivent une interprétation différente par chaque système juridique et sont en plus permutable d'une catégorie à une autre, étant donné la complémentarité entre les besoins de l'enfant et les aptitudes parentales. Il est donc évident que la grille des variables définissant l'intérêt de l'enfant ne peut être rigide et unique car ses éléments peuvent se dissocier pour se recomposer entre eux selon un point de vue différent.

#### **a) Priorité accordée aux besoins de l'enfant**

Il ne s'agit pas ici de décliner la liste des besoins qui entrent en ligne de compte dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, mais de voir comment l'idéologie du système juridique en place privilégie une approche et une interprétation différente de ces besoins.

Les systèmes juridiques dominés par la puissance paternelle privilégient le besoin de protection de l'enfant basé sur sa vulnérabilité et «son manque de maturité physique et intellectuelle»<sup>344</sup>. Les droits chrétiens et musulmans du Liban, souscrivant tous deux au principe de la puissance paternelle, considèrent le besoin de protection de l'enfant prioritaire, tant du point de vue matériel, intellectuel, affectif et moral. Cette conception protectionniste reste conforme aux points de vue de la *Convention* tels que formulés dans le Préambule et dans l'alinéa 2 de l'article 3 où le besoin de protection de l'enfant est réaffirmé. Elle est aussi compatible avec la vision unitaire de la famille telle qu'instaurée

---

<sup>344</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, préambule. Voir aussi: *Déclaration des droits de l'enfant*, précitée, note 40.

par le principe de la puissance paternelle. En tant que pourvoyeur principal de la famille, et en tant que responsable de la préservation de sa descendance, le père est le mieux placé pour défendre l'intérêt du mineur et assurer sa sécurité. Il nous apparaît donc évident que sous l'optique de la protection de l'enfant, l'équation entre l'intérêt de l'enfant et la puissance paternelle est un facteur de stabilité.

Au lieu d'être subordonnés à la protection offerte par la puissance paternelle, comme c'est le cas pour le Liban, les besoins de continuité et de stabilité affective et matérielle de l'enfant sont évalués au Canada et au Québec d'une manière autonome, par des critères plus circonstanciés. La stabilité de l'enfant est envisagée en termes de lieux d'habitation, d'environnement social, d'intégration scolaire, de compatibilité caractérielle ou sentimentale avec un des parents<sup>345</sup>. L'égalité des rôles du père et de la mère dans leur relation avec l'enfant et leur investissement commun dans sa vie, préconisés par l'article 18 de la *Convention* et illustrés par le principe de l'autorité parentale, permettent une évaluation de la stabilité de l'enfant en fonction de données concrètes et indépendamment de toute règle ou présomption préétablies envers les parents<sup>346</sup>. Il s'agit là d'une approche qui considère prioritairement le bien être de l'enfant avec l'obligation corrélative sous-entendue que le parent titulaire de la garde assurera aussi sa protection.

La reconnaissance de besoins spécifiques distincts liés à la petite enfance est une constante dans tous les droits. Ces besoins commandent une évaluation adéquate de l'intérêt de l'enfant qui ne coïncide pas toujours avec celui d'un enfant plus âgé. Les droits communautaires du Liban plus conscients de cet aspect particulier du développement de l'enfant, ont tous des dispositions particulières relatives à l'enfant en bas âge. Qu'elles soient appelées période d'allaitement ou *hadanah*<sup>347</sup>, ces dispositions s'appuient sur un critère unique qui est l'âge de l'enfant mais dont les limites varient en fonction des rites confessionnels. Ce critère de l'âge est souvent combiné avec le critère du sexe de l'enfant,

---

<sup>345</sup> Voir *supra*, note 307.

<sup>346</sup> *Supra*, Partie II, section II, sous-section A, paragraphe 2.

<sup>347</sup> *Supra*, Partie II, section II, sous-section A, paragraphe 1.

qui joue dans ces cas le rôle d'une sous variable, puisque le sexe influe sur la délimitation de l'âge<sup>348</sup>. Au Canada et au Québec, l'âge est aussi un critère reconnu de l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. Malgré l'abandon officiel de la doctrine de l'âge tendre, il est généralement admis que l'intérêt d'un enfant de deux ans n'est pas le même que celui d'un enfant de 15 ans. La différence avec les droits communautaires du Liban est que la limite d'âge n'est pas un critère soumis à une restriction temporelle rigide, ni un critère décisionnel unique, mais utilisé en complément avec d'autres critères connexes<sup>349</sup>.

Distinguer des besoins spécifiques de la petite enfance revient à attribuer des capacités parentales plus appropriées à la mère. C'est aussi clairement formuler la solidarité entre les deux facettes de l'intérêt de l'enfant, à savoir les besoins de l'enfant et les aptitudes parentales.

#### **b) Aptitude du parent à prendre soin de l'enfant**

Les aptitudes parentales, indépendamment de toutes intentions discriminatoires, sont évaluées d'abord en fonction des critères d'oppositions ou d'analogies entre le père et la mère. Mais selon un second point de vue, les attitudes parentales, qui révèlent plus des choix de comportements, se qualifient par rapport à leur impact positif ou préjudiciable sur l'intérêt de l'enfant. Parmi ces conduites parentales, la foi et la pratique religieuse sont les plus difficiles à cerner et à évaluer en terme d'intérêt de l'enfant.

La reconnaissance d'une vocation à la maternité, qui est une constante exhibée par tous les droits, donne à la mère un avantage qui s'appuie de toute évidence sur des réalités biologiques et anthropologiques. Au Liban, les avantages et les limites de l'aptitude parentale des mères sont régies par les lois communautaires. Au Canada, malgré les contestations des pères, les tribunaux continuent, semble-t-il, de favoriser la mère lorsqu'ils fondent leur décision sur les deux variables complémentaires que sont les qualités parentales établies et la continuité dans les soins de l'enfant. En effet, avant la rupture de la

---

348 *Ibid.*

349 *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès, op. cit., note 306, p. 34.*

famille, les mères même lorsqu'elles occupent un emploi à l'extérieur du foyer, sont celles qui assument le plus souvent les responsabilités quotidiennes de l'enfant<sup>350</sup>. Le critère du pourvoyeur principal de soins devient ainsi indirectement un critère de promotion des aptitudes de la mère<sup>351</sup>.

En fait, pour respecter le «principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement»<sup>352</sup>, la garde conjointe, comme nous l'avons vue, sauvegarde le mieux l'intérêt de l'enfant. Mais elle exige une aptitude spécifique des parents: celle de mettre de côté leur tension et leur désaccord pour collaborer, dans l'intérêt de l'enfant, au fonctionnement de la garde conjointe<sup>353</sup>. Or, dans les systèmes juridiques où il n'existe aucune présomption d'entente ou de collaboration entre les parents divorcés ou séparés, cette option n'existe pas. Dans les droits musulmans, le champ de compétence de chaque parent est nettement délimité alors que dans les droits chrétiens, le tribunal ne peut remettre en cause la règle de l'attribution de la garde à l'un des parents<sup>354</sup>. Rien n'empêche néanmoins les parents de s'en écarter et de collaborer à charge égale à l'éducation de l'enfant, pour autant qu'ils le fassent dans son intérêt.

L'évaluation des critères positifs de l'aptitude parentale a pour contrepartie l'identification des manquements ou des comportements graves sur le plan éducatif ou moral. La conduite des parties est un critère qui a une incidence importante sur l'intérêt de l'enfant dans tous les droits. Cependant, la perception de la conduite négative varie selon le système juridique. Dans les droits chrétiens du Liban, la faute conjugale est toujours un motif suffisant pour disqualifier un parent. Si aujourd'hui, le droit québécois dissocie la faute conjugale de l'aptitude parentale, il prend toujours en compte d'autres comportements

---

350 *Id.*, p. 14.

351 Cette approche féministe de la théorie du pourvoyeur principal de soins est adoptée par madame la juge l'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young c. Young*, précité, note 210, 51-70.

352 *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 18.

353 Voir *supra*, *Droit de la famille-2419*, précité, note 335.

354 Voir *supra*, Partie II, section II, paragraphe A, sous-paragraphe 1, a).



préjudiciables à l'enfant<sup>355</sup>. Dans tous les cas, que ce soit dans les droits chrétiens libanais ou dans le droit québécois, la conduite du parent n'est pas un critère décisionnel suffisant. Le tribunal le considère conjointement avec d'autres facteurs pour objectiver au maximum l'évaluation de l'intérêt de l'enfant.

Cependant, lorsque le facteur religieux surgit, les risque d'arbitraire augmentent. La transmission des valeurs spirituelles à l'enfant est une dimension essentielle de son éducation et elle n'est contestée par aucun droit. C'est la primauté de la religion d'un parent sur l'autre qui met en cause l'intérêt de l'enfant.

Au Liban, où la religion est très présente dans la vie quotidienne, l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit élevé dans la religion du père, pour éviter les remises en question et ébranler l'équilibre spirituel de l'enfant. Cette approche est généralement respectée par les tribunaux. Cependant, la préservation de la religion va au-delà des prérogatives de la puissance paternelle, pour devenir une revendication communautaire. Le sentiment de «perte» qu'entraîne un mariage intercommunautaire se doit d'être compensé par le désir de «garder» les enfants<sup>356</sup>. C'est ce qui explique la grande marge de discrétion que s'arrogent les tribunaux lorsqu'ils tentent de maintenir l'enfant dans la communauté en se fondant sur son intérêt.

L'approche des tribunaux du Canada est inverse. Le critère religieux n'intervient pas dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant pour favoriser une partie par rapport à l'autre. Son invocation s'insère dans le cadre plus général des limites respectives de l'autorité du parent gardien et du parent non-gardien et de l'aptitude de chacun des deux parents à partager leur religion avec l'enfant. Mais même articulé en termes laïcs et séculiers, l'incidence de la religion sur l'intérêt de l'enfant demeure imprécise et fortement discrétionnaire<sup>357</sup>. Dans les deux arrêts de la Cour suprême, *Young c. Young*<sup>358</sup> et *P.(D.) c. S.(C.)*<sup>359</sup>, déjà cités,

---

355 Voir *supra*, note 313.

356 S. VAN PRAAGH, *loc. cit.*, note 322, 313.

357 *Id.*, 315.

358 Précité, note 209.

la même problématique à résoudre, à savoir jusqu'à quel point un père adepte des témoins de Jéhovah peut partager ses convictions religieuses avec son enfant durant ses périodes d'accès, a produit deux décisions contradictoires, confirmant par-là l'ambiguïté du rôle de la religion dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant<sup>360</sup>.

Qu'il s'agisse du contexte fortement confessionnalisé du Liban, ou du contexte laïc du Canada et du Québec, la religion est un de ces critères subjectifs qui ouvrent la voie à l'arbitraire dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. Pour éviter toute évaluation triviale de l'intérêt de l'enfant, une inversion de points de vue s'impose. Le meilleur moyen de circonscrire objectivement l'intérêt de l'enfant, c'est de le considérer en tant qu'être autonome titulaire de droits.

## **B- L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux**

Lorsque l'intérêt de l'enfant est défini en fonction des droits et des devoirs des parents, la vision projetée de l'enfant est celle d'une personne digne d'assistance et de soins spéciaux destinés à le préparer à l'âge adulte. Avant sa maturité l'enfant reste maintenu dans une situation de passivité par rapport à l'évaluation de ses besoins et son intérêt dépend d'une appréciation qui lui est extérieure. Or, les membres qui composent le triangle père/mère/enfant évoluent au gré des années et il est injuste de confiner constamment l'enfant dans un rôle passif. La hiérarchie traditionnelle des relations parents/enfants peut être brisée pour accorder à l'enfant un rôle plus actif. C'est ainsi que par un renversement de perspective, l'enfant devient titulaire de droits spécifiques qu'il est en mesure de revendiquer avant même d'atteindre la majorité. Il peut ainsi devenir un intervenant actif

---

359 Précité, note 210.

360 La Cour suprême dans l'arrêt *Young* maintient la décision de la cour d'appel de la Colombie Britannique et ne met aucune restriction au droit du père à partager ses convictions religieuses avec son enfant, alors que dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, elle entérine la décision de la Cour d'appel du Québec en réduisant les droits d'accès du père par crainte de l'endoctrinement religieux de son enfant. Pour plus de détails voir N. BALA, *loc. cit.*, note 316, 455-456.

dans le processus du réaménagement de la famille au moment de la séparation de ses parents<sup>361</sup>.

Avec ce nouveau statut juridique, quelles sont les modifications subies par la notion de l'intérêt de l'enfant? Plus exactement, comment dans le contexte de la séparation des parents, l'intérêt de l'enfant peut-il être décidé à la lumière de ses droits tels que la loi les définit?

Les rapports entre «droits de l'enfant» et «intérêt de l'enfant» sont contestés par certains qui jugent ces deux notions incompatibles<sup>362</sup>. Pourtant, la *Convention* ne trouve aucune incompatibilité entre ces deux notions<sup>363</sup>. Loin de nier le besoin de protection de l'enfant, elle associe les parents à l'apprentissage de l'autonomie de l'enfant et à l'exercice de ses droits «d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités»<sup>364</sup>.

Si les droits de l'enfant sont indissociables des droits de la personne<sup>365</sup>, comme nous l'avons vu précédemment<sup>366</sup>, ils sont tout de même liés aux particularités de l'enfance. «L'enfant est d'abord un enfant situé et cette situation fait naître des droits spécifiques»

---

361 C. BERNARD, *loc. cit.*, note 294, à la page 36.

362 John EEKELAAR, *loc. cit.*, note 64, 226. Selon l'auteur, comment subordonner la revendication d'un droit au principe de l'intérêt de l'enfant, lorsque cet intérêt est évalué par des tiers? D'un autre côté, il est vrai que dans certains cas, un droit revendiqué par l'enfant peut aller à l'encontre de l'intérêt de son titulaire.

363 Pour certains auteurs comme Irène Théry, l'intérêt de l'enfant, qui se réalise par la protection et la satisfaction de ses besoins, entre en conflit avec l'autonomie que ses droits lui confèrent. Voir : Irène THÉRY, «Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique?», (1992) 180 *Esprit* 5. Pour d'autres, comme le professeur Joyal, le respect des droits de l'enfant rend inutile toute considération sur son intérêt qui ne peut qu'être subjective. Voir : R. JOYAL, *loc. cit.*, note 134.

364 *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 5.

365 Certains réclament pour les enfants tous les droits reconnus aux adultes comme le mouvement connu sous le nom des «kiddy-libbers». Parmi les droits réclamés on peut citer: le droit à l'autodétermination, au choix de sa résidence, de son éducation, le droit au pouvoir économique, politique et judiciaire sont revendiqués. Voir à ce sujet : C. BERNARD, *loc. cit.*, note 294, à la page 28. Voir aussi: Bruce C. HAFEN et Jonathan O. HAFEN, «Abandoning Children to their Autonomy : The United Nations Convention on the Rights of the Child», (1996) 37 *Harvard International Law Journal* 449.

366 Voir *supra*, Partie I, Section I, sous-section A.

écrit Maurice Torelli<sup>367</sup>. Parmi ces situations, la dissolution de la famille engendre des droits précis que la *Convention* formule en deux articles<sup>368</sup> dont les dispositions garantissent à l'enfant la poursuite de la vie familiale après la séparation de ses parents(1) et sa participation à la réorganisation de sa vie (2).

### **1. Le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses parents: objectivation de l'intérêt de l'enfant**

La *Convention* reconnaît le droit de l'enfant séparé de ses deux parents, ou de l'un des deux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents<sup>369</sup>. Il s'agit d'un droit de l'enfant autour duquel s'ordonnent les décisions de garde et d'accès dans la mesure où la poursuite des contacts avec les parents sert l'intérêt de l'enfant. En confirmant le maintien des liens entre l'enfant et ses parents, la *Convention* élargit d'une certaine manière la notion de la vie familiale et considère que la cohabitation n'est pas une condition indispensable pour le droit aux relations familiales de l'enfant. La notion de pérennité des relations familiales, au-delà de la séparation, est présente dans l'ensemble des droits du Liban et du Canada, même si elle n'est pas toujours explicitement affirmée. Au Liban, les relations personnelles de l'enfant avec ses deux parents sont rarement vues comme un droit de l'enfant (a), alors qu'au Canada et au Québec elles se présentent sous la forme d'un droit propre à l'enfant (b).

#### **a) Droit implicite au maintien des relations familiales au Liban**

Dans le contexte libanais, comme on l'a vu plus haut, seule l'ordonnance de garde exclusive est prévue par les législations confessionnelles<sup>370</sup>. Aucune norme préconisant la

---

<sup>367</sup> Maurice TORRELLI, «Introduction», dans M. TORRELLI (dir.), *op. cit.*, 9, p. 7, à la page 9.

<sup>368</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 9 et art. 12.

<sup>369</sup> *Id.*, art. 9(3).

<sup>370</sup> *Supra*, Partie II, section II, sous-section A, paragraphe 1.

nécessité de poursuivre des liens avec les deux parents après la séparation n'est expressément formulée sauf dans le cas du droit arménien<sup>371</sup>.

Les autres tribunaux confessionnels, sans énoncer de façon claire le droit de prolonger les relations familiales, se réfèrent néanmoins, dans leurs décisions, aux droits d'accès du parent non gardien. A leurs yeux, le droit de visite, en tant que contrepartie naturelle du droit de garde attribué à l'un des parents, répond au souci de fournir à l'enfant des rapports familiaux aussi complets que possible. Cependant, la jurisprudence n'attache pas à ce droit au maintien des relations familiales un caractère absolu et ne l'impose pas au parent. Il peut ainsi être limité par des restrictions temporelles et spatiales<sup>372</sup> ou simplement omis<sup>373</sup>.

La seule manifestation explicite d'un droit de l'enfant peut être constatée dans certains aspects de la hadanah. Traditionnellement, comme on l'a vu plus haut, la hadanah, en tant que limite à la puissance paternelle est considérée comme un droit incontestable de la mère<sup>374</sup>. Toutefois, vue sous l'optique des droits de l'enfant, la pratique de la hadanah se révèle être autant un droit de l'enfant qu'un droit de la mère. Deux dispositions législatives des droits hanafite et druze favorisent son interprétation dans ce sens<sup>375</sup>. En effet, après la dissolution du mariage, la hadanah prend la forme d'une charge imposée à la mère, cette

---

371 *Id.*, note 243.

372 Voir à titre d'exemples les décisions Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 26 mai 1993*, où la mère ne peut avoir accès à l'enfant qu'au domicile du père, et Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 2 mai 1994*, où la mère ne peut avoir accès à l'enfant que dans la cour de l'église les dimanches de 9 heures à 11 heures. Elles peuvent aussi, dans le cas des décisions de la communauté druze être formulées en nombre d'heures d'accès par semaine. Voir à ce sujet les décisions Tribunal du statut personnel de la communauté druze, *jugement no 116/11*, 16 octobre 1996 et Tribunal du statut personnel de la communauté druze, *jugement no 29/10*, 15 avril 1995 où le droit d'accès de la mère est respectivement de 36 heures par semaine et de 24 heures par semaine.

373 Voir à ce sujet la décision Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 28 juillet 1988*. Dans cette cause, l'accès de l'enfant à sa mère n'est même pas évoqué parce que la preuve de l'existence de liens affectueux avec l'enfant n'est pas établie, la mère étant complètement désintéressée par l'enfant et ne souhaitant pas le revoir.

374 Voir *supra*, Partie II, section II, sous-section A, paragraphe 1, sous-paragraphe b).

375 *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze*, art. 60, et *Code de Qadri Pacha*, art. 389.

dernière étant en droit d'exiger une rémunération pour l'accomplissement de son devoir<sup>376</sup>. De plus, le juge peut obliger la mère à exercer la hadanah si dans l'ordre de dévolution prévue<sup>377</sup>, il ne se trouve aucune autre gardienne qui remplisse les conditions nécessaires<sup>378</sup>. Par conséquent, il est difficile de déterminer si la hadanah est un droit ou une obligation de la mère ou les deux. Il est néanmoins clair que le jeune enfant ne peut être privé de son droit à bénéficier de l'attention et des soins que seule une femme peut donner. Certains partisans hanafites en arrivent même à considérer ce droit de l'enfant comme un droit de Dieu: «Un droit de Dieu, c'est à dire un droit public, donc incessible et dont la renonciation n'est pas opposable aux personnes qui y ont la vocation»<sup>379</sup>. A cause de ce caractère incessible, la mère ne peut conclure aucune convention mettant en cause la hadanah et toute transaction à cet égard est réputée nulle car elle a pour objet un droit qui n'appartient pas en propre à la mère mais qui est partagé avec l'enfant<sup>380</sup>.

Le statut de l'enfant titulaire de droit est toutefois limité dans le temps<sup>381</sup> et à une époque de sa vie où, selon le droit musulman, il est considéré comme privé de la compréhension de ses actes<sup>382</sup>. Lorsque l'enfant atteint l'âge de raison, il se retrouve de nouveau sous la puissance paternelle. La poursuite des relations avec sa mère est dès lors conditionnée par

376 *Ibid.* Il est à noter que la rétribution de la hadanah est distincte de la pension alimentaire. Voir : *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze*, art. 60 et *Code de Qadri Pacha*, art. 388.

377 *Supra*, note 258.

378 Selon l'article 62 de la *Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze* : «Si la mère de l'enfant (garçon ou fille) refuse d'exercer la hadanah gratuitement, si l'enfant n'a pas de biens, si le père n'a pas de ressources et s'il n'y a pas de volontaire bénévole parmi les femmes parentes de l'enfant à un degré emportant empêchement à mariage, la mère est tenue à la hadanah, sa rétribution constituant une dette à la charge du père. Au cas où elle est sans ressources, elle peut, avec l'autorisation du juge, contracter un emprunt.» Voir aussi *Code de Qadri Pacha*, art. 390.

379 Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2e éd., Paris, Sirey, 1987, p. 440.

380 *Ibid.*

381 A partir de l'âge de 7 ans pour le garçon et de 9 ans pour la fille, l'enfant se retrouve entièrement sous la puissance paternelle. Voir *supra*, Partie II, section II, sous-section A, paragraphe 1, sous-paragraphe b).

382 Le mineur est considéré privé de la compréhension de ses actes jusqu'à l'âge de sept ans, au-dessus de cet âge une semi-capacité lui est reconnue. François BOULANGER, *Droit civil de la famille: aspects comparatifs et internationaux*, t. II, Paris, Economica, 1990, p. 336.

les modalités du droit de visite laissées à la discrétion du tribunal confessionnel. Par conséquent, si la hadanah donne un fondement objectif à l'intérêt de l'enfant en bas âge, son exercice en tant que droit est provisoire.

Il n'en demeure pas moins que le droit de l'enfant à garder contact avec ses deux parents, quel que soit son cadre, n'a de valeur qu'à la condition d'être assuré de son effectivité. Or au Liban, les autorités confessionnelles ne disposent pas de force exécutoire. Comme le souligne le professeur Gannagé: «Leurs décisions judiciaires ne produisent leurs effets que si l'État veut bien les reconnaître et les exécuter. L'État assure cette reconnaissance et cette exécution dans les seules matières où la compétence des autorités confessionnelles est admise, comme c'est le cas pour le droit de famille et à condition que les décisions rendues soient conformes à l'ordre public et ne renferment pas une irrégularité fondamentale.»<sup>383</sup>

Pour doter les décisions de garde d'enfant d'une efficacité plus grande et plus rapide, un régime spécial leur est appliqué. D'une part, l'État autorise les juridictions confessionnelles à revêtir leurs décisions en ces matières du caractère d'urgence pour rendre leur exécution immédiate. D'autre part, ces décisions peuvent être toujours exécutées par la contrainte par corps<sup>384</sup> et par la voie de dispositions pénales<sup>385</sup>. Ce souci d'efficacité du législateur libanais dans le domaine de l'exécution des décisions relatives à la garde vise à apporter, par des interventions directes, la contribution de l'État dans la protection de l'enfant<sup>386</sup>.

On peut donc dire que le droit libanais, confessionnel et étatique, tout en reconnaissant le besoin de l'enfant de maintenir des liens avec ses deux parents ne l'impose pas en tant que critère de l'évaluation de son intérêt. L'aptitude du parent à maximiser les contacts de

---

383 P. GANNAGÉ, *loc. cit.*, note 261, 379.

384 *Code de procédure civile libanais*, art. 997 et suiv.

385 *Code pénal libanais*, art. 495 et 496.

386 Elle a aussi pour corollaire, nous semble-t-il, de ne pas donner de pouvoir exécutif aux tribunaux confessionnels. On peut imaginer les dangers que pourraient entraîner l'existence de pouvoirs exécutifs multiples en compétition avec ceux de l'État.

l'enfant avec l'autre parent est loin d'influencer l'attribution de la garde comme c'est le cas au Canada et au Québec.

### **b) Droit explicite de l'enfant au maintien des liens familiaux au Québec**

Au Québec, le *C.c.Q.* ne contient aucune disposition relative au droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents<sup>387</sup>. En fait, c'est la *Loi du divorce* qui introduit ce principe expressément à son article 16(10):

«En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.»<sup>388</sup>

On remarque que le libellé de cet article place l'enfant en position du sujet en droit de multiplier les contacts avec chaque époux. Il opère donc cette nécessaire inversion de point de vue qui fait de l'accès un droit de l'enfant. De plus, le parent gardien est confronté à la responsabilité de faciliter l'exercice de ce droit de l'enfant. Ces deux approches sont d'ailleurs confirmées par la Cour suprême qui déclare que l'enfant a «le droit de connaître le parent non gardien» et que «ce ne sont pas les désirs du parent gardien qui régissent les modalités du droit d'accès mais l'intérêt de l'enfant»<sup>389</sup>.

La maximisation des relations avec les parents comme critère d'évaluation de l'intérêt de l'enfant pose une des balises légales qui permet d'atténuer le caractère discrétionnaire de

---

<sup>387</sup> Dominique GOUBAU, «L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien», dans *Développements récents en droit familial (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 25. à la page 29.

<sup>388</sup> *Loi sur le divorce*, précitée, note 25, art. 16(10).

<sup>389</sup> *Young c. Young*, précité, note 209.



cette notion<sup>390</sup>. Il s'agit en effet d'un critère clair et objectif que les tribunaux sont nombreux à appliquer pour désigner le parent le plus apte à obtenir la garde. Dans une affaire où la mère s'oppose au maintien des relations du père avec les enfants, le juge énonce nettement le critère qui a déterminé sa décision: «dans le meilleur intérêt des enfants, le parent qui doit avoir la garde est celui qui favorise ou aide au maximum la communication avec l'autre parent.»<sup>391</sup>

Par ailleurs, l'obligation implicite qui pèse sur le parent gardien de faciliter les liens de l'enfant avec son autre parent a pour corollaire le devoir du parent non gardien à user de son droit d'accès pour le meilleur intérêt de l'enfant. Cependant, si la mauvaise volonté du parent gardien peut le condamner pour outrage au tribunal<sup>392</sup> ou lui faire perdre son droit de garde<sup>393</sup>, le non-exercice du droit de visite du parent non gardien n'est soumis à aucune sanction. Pour que l'accès et le droit de garder contact avec ses deux parents deviennent un droit inaliénable de l'enfant, il faudrait résoudre la question de l'omission de l'exercice du droit de visite du parent non gardien. Malheureusement aucune solution efficace à ce problème n'existe à ce jour. D'ailleurs, le comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants dans son rapport du 9 décembre 1998 reconnaît que «s'il y a de nombreuses solutions proposées pour faire face aux problèmes du refus d'accès, très peu ou pas de solutions ont été proposées pour régler le problème du non-exercice des droits de visite»<sup>394</sup>.

---

390 D'autres balises légales existent notamment dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui prévoit que la notion de l'intérêt de l'enfant, dans le cadre spécifique de la protection, comprend la prise en considération de la notion du temps chez l'enfant. Voir : E. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 288, p. 46.

391 *Droit de la famille-1717*, précitée, note 305.

392 *Code de procédure civile*, art. 49 et *code criminel*, art. 127.

393 *Droit de la famille-1615*, [1992] R.D.F. 399. Dans les cas extrêmes d'une obstruction persistante aux droits de visites ou lorsque le parent tente de détruire systématiquement la figure parentale de son ex conjoint, les tribunaux sont généralement réceptifs à une modification de garde si le parent non gardien démontre qu'un tel changement favorise l'enfant.

394 Parlement du Canada, *Pour l'amour des enfants, rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants*, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/SJCA/Studies/Reports/sjacrp02-f.htm>, décembre 1998, p. 49.

Parmi les solutions proposées pour faire face aux problèmes du refus d'accès, le Comité recommande:

«19. [...] que le gouvernement fédéral travaille avec les provinces et les territoires à élaborer une réponse nationale coordonnée, comportant des éléments thérapeutiques et punitifs, lorsqu'il y a refus de se conformer aux ordonnances. Parmi les mesures qui pourraient être envisagées, citons l'intervention précoce, un programme d'éducation parentale, une politique permettant la compensation du temps, des services d'orientation à l'intention des familles où les parents ne s'entendent pas sur l'éducation des enfants et la médiation; dans le cas des parents intraitables des mesures punitives pourraient être prises à l'égard de ceux qui enfreindraient illégalement les ordonnances parentales.»<sup>395</sup>

Ces recommandations qui concernent l'exécution des décisions méritent deux commentaires. D'une part, on constate que le comité procède à une énumération quasi exhaustive des mesures thérapeutiques alors qu'il se garde de donner toutes précisions supplémentaires sur la nature des mesures punitives envisagées<sup>396</sup>. D'autre part, il n'apporte aucune suggestion pour accélérer et améliorer l'efficacité des mécanismes judiciaires déjà existants dans le cadre du non-respect des ordonnances de visite<sup>397</sup>.

Nous avons vu jusqu'à présent que le droit de l'enfant à maintenir des relations avec ses parents s'articule autour de deux idées qui entretiennent des rapports de complémentarité: le

---

<sup>395</sup> *Id.*, pp. 51-52.

<sup>396</sup> *Id.*, p. 51. A cet égard, le comité observe qu'il n'est pas souhaitable d'élaborer de nouveaux et rigoureux mécanismes d'exécution pour les ordonnances prises en vertu de la *Loi sur le divorce*, en l'absence de mécanismes uniformes dans les provinces conformément à la législation provinciale du droit de la famille.

<sup>397</sup> D'ailleurs on peut s'interroger sur la valeur des mesures punitives imposées aux parents. Quel est l'intérêt de l'enfant de voir un parent qui est contraint à le voir de peur d'être sanctionné? Pour que le maintien des relations avec les deux parents soit profitable il revient plutôt aux parents d'en reconnaître les avantages pour l'enfant.

droit d'accès et l'intérêt de l'enfant. Il peut arriver toutefois que ces deux idées entretiennent aussi des rapports contradictoires qui rendent le droit d'accès incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Dans le cas où les relations avec un parent mettent en péril le bien être de l'enfant, l'intérêt de l'enfant devient un obstacle au maintien des relations personnelles. Il s'agit de situations qui mettent en compétition différents droits de l'enfant<sup>398</sup>. Ainsi le droit d'un enfant à être protégé peut prévaloir sur un autre de ses droits, soit celui de garder contact avec ses deux parents. L'intérêt de l'enfant est alors le critère qui permet de faire prévaloir un droit sur l'autre. Il est donc possible pour un tribunal d'interdire ou d'annuler le droit d'accès de l'enfant à un parent lorsque sa sécurité mentale ou physique se trouve menacée<sup>399</sup>. On peut par conséquent affirmer qu'une hiérarchie des droits de l'enfant apparaît et s'ordonne par rapport à son intérêt.

Enfin, on peut se demander ce qui arrive lorsque l'enfant refuse lui-même d'exercer ce droit. Peut-on lui imposer d'entretenir des contacts avec un parent contre sa volonté? A cet égard la jurisprudence ne reconnaît pas expressément à l'enfant un droit de refus<sup>400</sup>. Au contraire, les tribunaux tiennent à favoriser la maximisation des contacts au nom de l'intérêt de l'enfant et ne cèdent à son refus que lorsqu'ils constatent l'impossibilité de toute relation parents/enfants<sup>401</sup>.

---

398 Le droit de l'enfant à garder contact peut aussi entrer en conflit avec les droits des parents, notamment le droit à la mobilité du parent gardien. L'intérêt de l'enfant est là aussi le critère déterminant. Pour plus détails à ce sujet Voir : Roseline ARLIC, «Déménagement d'un parent gardien, déplacements d'enfants: les principes applicables», dans *Développements récents en droit familial* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 109. Voir aussi l'arrêt *Goertz c. Goertz*, précité, note 211.

399 Dans *Droit de la famille-2550*, [1997] R.D.F. 768, les visites au père suscitaient des fortes tensions psychologiques chez les enfants. Ces éléments ont été considérés suffisants pour juger qu'il n'était pas de l'intérêt de l'enfant de revoir leur père. Ici le droit à la protection et à la sécurité mentales de l'enfant ont prévalu sur celui du maintien des contacts avec le parent non gardien.

400 Voir *Droit de la famille-2829*, [1997] R.D.F. 886, où les enfants ne veulent aucun contact avec leur père et ont même défié les ordonnances de droits d'accès, le juge décide que :

«L'intérêt supérieur des enfants commande que le processus d'aliénation, qui est en marche depuis près de deux ans, soit arrêté.[...] Il est préférable que la garde soit confiée à la demanderesse, assortie de mesures assurant la présence du père dans la vie des enfants et permettant d'obtenir les informations auxquelles il a droit. Si les enfants refusaient de respecter le processus mis en place par le tribunal, la demanderesse devra les retirer de leurs activités de loisirs.»

401 Voir : *Droit de la famille-3043*, J.E. 98-1490. Dans cette affaire, la père a engagé ses enfants dans un processus d'aliénation parentale qui, au moment de l'instance, est rendue à sa phase terminale.

Il serait toutefois possible d'atteindre une plus grande objectivation de l'intérêt de l'enfant lorsque l'appréciation du juge tient compte de la particularité de chaque enfant. Dans cet effort d'individualisation de l'espèce, les désirs et l'opinion de l'enfant sont pris en compte.

## **2. La participation de l'enfant à l'évaluation de son intérêt: Le droit de faire connaître ses vues et d'intervenir dans les procédures**

La *Convention* accorde à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question le concernant<sup>402</sup>. En le reconnaissant comme un être porteur d'une opinion personnelle différente de son entourage, elle pose le principe de l'autonomie de l'enfant<sup>403</sup>. Il ne suffit cependant pas de formuler une opinion pour être écouté. A cette fin, l'enfant doit avoir la possibilité d'intervenir dans les procédures familiales et de participer aux délibérations, au même titre que toutes les parties intéressées<sup>404</sup>. Ces droits témoignent du désir de la *Convention* ne pas laisser l'enfant en dehors de débats dont il est l'objet principal. De fait, dans le processus décisionnel de garde et d'accès qui affecte directement l'enfant, son opinion peut apporter des précisions indispensables sur ses besoins et sur l'évaluation de son intérêt.

La prise en considération effective de l'intérêt de l'enfant exige donc le respect de son droit à exprimer ses vues (a) et le respect de son droit à se faire représenter (b).

### **a) Le droit de faire connaître ses vues**

Si le droit libanais est muet (i) sur la participation de l'enfant dans les procédures le concernant, le droit québécois en fait une obligation des tribunaux (ii).

---

Les enfants ont exprimé la crainte de se voir contraintes de renouer avec leur mère et le juge. dans les circonstances, a conclu qu'il serait contre-indiqué de les y forcer.

402 *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 12.

403 Selon Peter Newell, le droit de l'enfant d'exprimer son opinion énoncé dans l'article 12 n'aboutit pas nécessairement à un droit à l'autodétermination, mais implique certainement une participation active de l'enfant. Voir : B. C. HAFEN et J. O. HAFEN, *loc. cit.*, note 365, 463, à la note 71.

404 *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 9 al. 2 et art. 12 al. 2.

### **i) Le mutisme du droit libanais**

Bien que la constitution libanaise garantit la liberté d'expression de la pensée<sup>405</sup>, les lois confessionnelles sont muettes sur le droit de l'enfant à se faire entendre. Même si le mineur ayant 7 ans révolus est considéré comme doué de discernement et devient responsable de ses actes<sup>406</sup>, cette étape n'apporte aucun changement dans son statut juridique. L'âge de l'adolescence, en tant que période transitoire avant le passage à la majorité acquiert une signification juridique uniquement dans les droits musulmans. Avec la puberté<sup>407</sup>, l'enfant bénéficie d'une plus grande autonomie de décision. En effet, après cet âge l'enfant de l'un ou de l'autre sexe peut disposer de sa personne<sup>408</sup>. La loi reconnaît ainsi à l'enfant pubère le droit d'opter entre son père et sa mère divorcés<sup>409</sup>. Cette approche est conforme à l'esprit du droit musulman qui opère selon une logique de prédétermination. Tous les enfants pubères sont ainsi réputés capables d'agir dans leur propre intérêt. Le tribunal, une fois de plus, se contente de veiller à l'application de la norme sans qu'il lui soit possible d'entendre l'enfant et d'apprécier objectivement sa maturité pour assurer en conséquence la protection de son intérêt.

### **ii) Une obligation en droit québécois**

Lorsque l'âge et le discernement de l'enfant le permettent, le *C.c.Q.* fait obligation au tribunal de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu.

---

405 B. MÉNASSA, op. cit., note 169, art. 13:

«La liberté d'exprimer sa pensée par la parole ou par la plume, la liberté de la presse, la liberté de réunion et la liberté d'association sont également garanties dans les limites fixées par la loi.»

406 *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*, art. 17 b), et *Code de Qadri Pacha*, art. 484-487 et art. 494.

407 *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques*, art. 17 a), et *Code de Qadri Pacha*, art. 495.

408 *Code de Qadri Pacha*, art. 496.

409 *Id.*, art. 497

«Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent»<sup>410</sup>

Il s'agit là d'une claire manifestation d'un droit puisque la question ne se pose pas sur l'opportunité de faire entendre la voix de l'enfant mais seulement sur son aptitude à s'exprimer<sup>411</sup>. Autrement dit, le mineur, dont le statut lui interdit d'exercer les prérogatives normalement attribuées à la majorité, se voit conférer une capacité juridique spéciale, celle de s'exprimer devant le tribunal dans les questions où son intérêt est en jeu, notamment en matière de garde<sup>412</sup>.

Cette capacité est assortie de conditions de double nature: objective quant à l'âge, subjective, lorsqu'il revient au juge d'apprécier le degré de discernement. Les critères d'âge qui fixent les étapes du développement de l'enfant dans les théories de psychologie<sup>413</sup> sont souvent repris en droit pour définir la maturité de l'enfant<sup>414</sup>. Cependant en se fondant sur l'âge, le tribunal risque d'établir une catégorisation rigide qui exclut certains mineurs du droit d'être entendu<sup>415</sup>. C'est pour cette raison que la loi ne contraint en aucune façon le juge à tenir compte seulement de l'âge de l'enfant car la capacité de discernement ne se manifeste pas uniformément au même moment chez tous.

---

410 *C.c.Q.*, art. 34.

411 Par rapport à l'article 31 *C.c.B.-C.* qui laissait au juge la décision d'entendre ou non l'enfant, l'article 34 du *C.c.Q.*, franchit ainsi un pas de plus dans l'affirmation des droits de l'enfant. E. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 288, p. 470.

412 *Droit de la famille-1549*, [1992] R.J.Q. 855, 863.

413 Ces théories se réfèrent généralement aux études de Jean Piaget. Voir : Jean PIAGET, *La Construction du réel chez l'enfant*, Neufchâtel, Delachaux et Niestlé, 1950; Jean PIAGET et Bärbel INHELDER, *La psychologie de l'enfant*, Paris, P.U.F., 1976.

414 Voir : BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Comité du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, 1995.

415 Selon ces théories, c'est vers 6 ou 7 ans que l'enfant se définit plus nettement par rapport aux autres et entre 13 et 14 ans qu'il commence à développer un mode de raisonnement abstrait qui se perfectionne jusqu'à 16 ans. Or, l'enfant peut avoir une opinion très nette de sa situation avant 13 ans, sans saisir pour autant la totalité des implications de la séparation de ses parents. Voir Eugene. VERHELLEN, «Changes in the Image of Childhood», dans FREEMAN M. et P. VEERMAN, *op. cit.*, note 26, p. 81, à la page 87.

Elle varie selon le développement particulier de chacun et selon la complexité des situations à appréhender<sup>416</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'au Québec, étant donné que l'adolescence constitue une date charnière en matière de capacité d'exercice, pour une majorité d'actes à caractère personnel<sup>417</sup>, les tribunaux ont tendance à donner plus de poids aux opinions d'un adolescent qu'à celui d'un enfant en bas âge<sup>418</sup>.

Bien qu'il soit obligatoire, le témoignage de l'enfant, surtout pré-adolescent, ne fait pas l'unanimité. Plusieurs auteurs sont d'avis qu'il est très perturbant pour un jeune d'intervenir dans un litige qui oppose sa mère et son père au sujet de son droit de garde<sup>419</sup>. Pourtant, sa participation peut lui être favorable dans la mesure où il est le seul à pouvoir présenter la situation selon sa propre perspective<sup>420</sup>.

Encore faut-il s'assurer que l'enfant puisse parler librement. Une opinion influencée par l'un ou l'autre des parents ou par les circonstances solennelles d'un témoignage en justice ne correspond ni à l'intérêt de l'enfant ni au libre exercice d'un droit<sup>421</sup>. Même certain de

---

416 Voir : M.-F. LÜCKER-BABEL, *loc. cit.*, note 139.

417 Pour une énumération détaillée des différents actes que le mineur de plus de quatorze peut exercer Voir : Danielle NAUD et Germain TREMBLAY, «L'enfant sujet de droit: à la recherche d'un nouvel équilibre familial», dans *Droits et responsabilités entre les parents et les enfants: Y a-t-il un équilibre?*, Prix Charles Coderre 1997, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1, 47-55.

418 Il est difficile d'imposer une décision à des enfants de plus de quinze ans qui menacent ouvertement de ne pas obéir. Dans *Droit de la famille-2991*, J.E. 98-1063 (C.A.) où l'enfant a exprimé le désir de vivre avec son père, le tribunal a conclu qu'«en l'absence d'une preuve démontrant qu'il y va de son intérêt qu'il en soit autrement, il s'agit d'un élément presque à lui seul déterminant lorsque l'enfant a presque 16 ans et qu'il menace de fuguer si on le contrarie.» Dans ces cas, l'opinion de l'enfant à toutes fins pratiques équivaut à un veto. Voir : *Droit de la famille-3043*, précitée, note 401.

419 Voir : Renée JOYAL, «L'enfant dont la garde est contestée: sa place dans le processus de décision», (1996) *C. de D.* 37, 59.

420 C'est le point de vue défendu par la «Child Centered Approach». Voir à cet égard C. BERNARD. R. WARD et B. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 304, 121.

421 Le tribunal peut décider d'entendre l'enfant hors de la présence des parties pour lui laisser une plus grande liberté de parole (art. 394.4 du *C.p.c.*), ou hors du palais de justice (art. 394.5 du *C.p.c.*) pour ne pas l'intimider. Le tribunal dispose de moyens adéquats, comme le recours à des experts pour s'enquérir du véritable désir de l'enfant, ou pour l'encadrer ou l'accompagner afin de réduire son anxiété à l'idée de témoigner devant un tribunal (art. 394.3 du *C.p.c.*). Voir : Louis GELINAS et Bartha Maria KNOPPERS, «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection», (1993) 53 *R. du B.* 6.

la sincérité de l'enfant, le tribunal n'est pas pour autant lié par l'opinion exprimée<sup>422</sup>. En effet, avant de donner suite au désir exprimé, le tribunal doit s'assurer qu'il ne va pas à l'encontre de l'intérêt de l'enfant<sup>423</sup>. De plus, le souhait de l'enfant ne doit pas servir de prétexte pour libérer le tribunal de la responsabilité d'une décision bien pesée<sup>424</sup>. Dans l'ensemble des facteurs à considérer, l'opinion de l'enfant est un élément de preuve parmi d'autres qui intervient dans l'évaluation de son intérêt. Il revient au tribunal de juger du mérite du point de vue présenté vis à vis de l'intérêt à préserver<sup>425</sup>.

Le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant n'est effectif que s'il se traduit sur le plan pratique par son droit d'être représenté d'une façon autonome par un avocat.

#### **b) Le droit de l'enfant à la représentation**

Au Liban, aucune représentation des mineurs devant les tribunaux n'est prévue en matière de garde et d'accès. Dans un système juridique dominé par la puissance paternelle, il semble évident que le mineur ne peut ester en justice de façon autonome. Au Québec, la représentation du mineur est assurée dans le cadre de la *Loi sur les jeunes contrevenants*<sup>426</sup> et la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>427</sup>. Par contre, en matière familiale, et notamment dans les questions de garde, l'enfant n'a pas automatiquement droit à un avocat même si certains ont préconisé la représentation systématique de l'enfant à chaque fois que son intérêt est en jeu<sup>428</sup>.

---

422 Voir : *Droit de la famille -1883*, [1993] R.J.Q. 2709 (C.A.).

423 Voir : *Droit de la famille-2513*, [1996] R.D.F. 804.

424 M.-F. LÜCKER-BABEL, *loc. cit.*, note 139, 399.

425 Dans le contexte de garde, il arrive que la solution proposée par l'enfant soit la plus adéquate. Ainsi, un enfant arrive à convaincre le tribunal de la nécessité d'une garde partagée malgré la réticence des parents. Voir : *Droit de la famille-2795*, J.E. 97-2045.

426 L.R.C., c. Y-1.

427 Précitée, note 280.

428 Voir : Claude BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1978, p. 173.



Dans l'état actuel du droit québécois, quels sont donc les moyens mis à la disposition de l'enfant pour l'exercice de ses droits judiciaires? Le *Code de procédure civile* (ci-après :«*C.p.c.*») prévoit deux mécanismes de représentation de l'enfant. Selon l'article 394.1 du *C.p.c.*, lorsque dans une instance le tribunal considère que l'intérêt du mineur l'enfant est en jeu, il peut ajourner l'instruction jusqu'à ce que l'enfant soit représenté. La représentation de l'enfant est donc laissée à la discrétion du juge. Elle devient toutefois obligatoire s'il s'agit d'un litige où l'intérêt de l'enfant est en contradiction avec celui de son représentant légal<sup>429</sup>. La fonction de l'avocat désigné consiste alors, quel que soit l'âge de l'enfant, à faire respecter ses droits et à s'assurer de la protection de son intérêt. L'établissement et la vérification des éléments pertinents relatifs à la défense de l'intérêt de l'enfant sont à la charge de l'avocat qui est naturellement tenu par les dispositions de l'article 33 *C.c.Q.*

Toutefois, lorsque l'avocat est nommé par le tribunal, l'enfant ne fait pas réellement valoir son autonomie de pensée et d'action. Dans la mesure où le procureur ne défend pas nécessairement l'opinion de l'enfant mais son intérêt, sa représentation se place sous une perspective protectrice, et son intérêt reste évalué par un tiers.

L'autonomie juridique de l'enfant franchit un pas de plus vers son autodétermination lorsqu'il exerce directement son droit à la représentation sans passer par l'intermédiaire du tribunal. C'est ainsi que l'article 208 du *C.p.c.* donne à l'enfant le droit d'intervenir, comme tout autre tiers, dans un procès, s'il y démontre un intérêt suffisant.

Cette forme de représentation, s'inscrit mieux dans la logique des droits judiciaires garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>430</sup> et s'applique en matière de garde et d'accès, comme ne manque pas de le remarquer le juge Nichols:

«Après l'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne* et l'adoption de nouvelles dispositions dans les différents

---

<sup>429</sup> *C.p.c.*, art. 394.2

<sup>430</sup> Précitée, note 270, art. 34.

codes et dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*, le temps me paraît venu de dire clairement que le respect des droits de l'enfant ne saurait avoir une signification véritable si on ne lui reconnaît un droit d'intervention et de représentation en matière de garde, différent de la représentation que le tribunal peut ordonner [...].»<sup>431</sup>

En effet, si le mineur mandate directement un avocat chargé de défendre ses intérêts, ce dernier «se situe nettement du côté de son client»<sup>432</sup>. Il a les mêmes obligations envers lui qu'envers une personne majeure<sup>433</sup>. Son mandat est de défendre le point de vue de l'enfant sans s'interroger sur une éventuelle distinction entre ses désirs et son intérêt.

Quand un mineur décide de se faire représenter pour intervenir au cours d'un litige portant sur sa garde, sa participation ne se limite plus à la simple expression de son opinion mais a pour objectif de faire valoir, à travers son droit à la représentation, sa propre évaluation de son intérêt<sup>434</sup>. Le droit à la représentation, en actualisant l'autonomie de l'enfant établit ainsi la jonction avec son autodétermination.

### **3. Les interprétations de l'intérêt de l'enfant: convergences et divergences**

Avec la modification du regard porté sur l'enfant par son entourage et la société, son intérêt ne peut plus se définir seulement par la satisfaction de ses besoins mais aussi par la promotion et le respect de ses droits. Or, ce changement dans la vision de l'enfant n'a pas eu des répercussions significatives sur le droit de la famille au Liban. Pour dégager les paramètres d'une comparaison de l'impact des droits de l'enfant sur l'interprétation de son

---

431 *Droit de la famille-1549*, précitée, note 412, 863.

432 L'expression est de Me Joanne Doucet. Voir : Joanne DOUCET, «La représentation des enfants en matière familiale», dans *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais 1990, p. 103, 118.

433 Michel TÉTRAULT, «L'enfant mineur - l'autonomie du recours en matière familiale», (1995) 55 *R. du B.* 667, 669.

434 Dans une décision récente, une mineure de 14 ans a même réussi par le biais d'une requête en intervention à imposer son droit de garder contact avec ses deux parents. Voir : *Droit de la famille-2795*, précitée, note 425.

intérêt en matière de garde, la seule démarche possible a été d'opérer nous-mêmes ce renversement de perspective et d'interpréter, les lois libanaises déjà existantes du point de vue de l'enfant.

La maximisation des relations de l'enfant avec ses parents présente dans la *Loi sur le divorce*<sup>435</sup>, en tant que droit de l'enfant, et le droit d'accès des parents<sup>436</sup> dans les droits libanais, forment les deux aspects d'un même concept, celui du maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents après la dissolution de la famille. Qu'il intervienne en tant que droit de l'enfant ou droit du parent, ce concept articule un besoin de l'enfant. A cet égard, il constitue un élément commun de l'évaluation de son intérêt. Mais c'est seulement lorsqu'il est vu sous la perspective des droits de l'enfant que ce concept devient un critère décisionnel d'attribution de garde en tant que norme objective sur lequel le juge fonde sa décision et ce, dans le cas de la hadanah ou de l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce*<sup>437</sup>.

Quant au droit de l'enfant d'être entendu et à participer à l'évaluation de son propre intérêt, il est vu au Québec comme un processus graduel d'accès à l'autonomie qui n'a pas sa contrepartie au Liban. Dans un système juridique dominé par la puissance paternelle, le mineur n'a pas de capacité juridique propre dans le domaine du droit familial, jusqu'à son émancipation ou sa majorité. Par conséquent, l'interprétation de l'intérêt de l'enfant au Liban affaiblit la notion de droit au point de l'ignorer. Ce point de rupture qui surgit à ce stade de notre démarche comparative illustre justement le décalage temporel<sup>438</sup> qui sépare les droits confessionnels du Liban du droit de la famille au Canada. Dans la grille d'analyse des critères de l'interprétation de l'intérêt de l'enfant, l'importance de la dimension diachronique n'est pas à négliger en tant que facteur de différenciation.

---

<sup>435</sup> Précitée, note 25.

<sup>436</sup> Voir *supra*, Partie II, section II, sous-section B, paragraphe 2.

<sup>437</sup> Précitée, note 25.

<sup>438</sup> Il est même possible, en ce qui concerne les droits chrétiens, de quantifier cet écart en nombre d'années par rapport au *C.c.Q.*, en prenant la date de l'abolition de la puissance paternelle comme début de l'évolution vers les droits de l'enfant.

En effet, au Liban, le cloisonnement social et juridique favorise la stagnation du droit car les minorités confessionnelles sont craintives et figées. La seule voie de changement est la pénétration accrue de la législation civile de l'État dans le domaine du droit familial<sup>439</sup>. Or dans le système actuel, chaque communauté voit dans son indépendance juridique le symbole d'un pouvoir politique

Consciente de la faible évolution du droit dans certaines sociétés traditionnelles comme le Liban, la *Convention* a préféré faire coexister dès l'article 3<sup>440</sup> les deux notions de protection et de droits de l'enfant. Au lieu d'accentuer les tensions en faisant s'affronter les droits des parents et ceux de l'enfant, elle fait assumer aux parents la responsabilité de l'apprentissage de leurs droits aux enfants<sup>441</sup>. On a ainsi parfois reproché au traité son aspect «tiers-mondiste»<sup>442</sup>, dans la mesure où certains articles semblent sans grande portée à l'égard des États juridiquement développés, comme le Canada, où sont déjà mis en œuvre une protection et une catégorie de droits de l'enfant au moins équivalentes à celles exigées par la *Convention*<sup>443</sup>. Mais en réalité dans l'optique universelle où se place la *Convention*, droits et protection interviennent dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant selon une pondération laissée à la discrétion des États parties en fonction de leur contexte socio-juridique.

---

439 L'État a réussi à soustraire aux autorités non musulmanes, les matières d'administration des biens des mineurs, de la filiation naturelle, des successions. Mais elle n'a pas pu toucher les communautés musulmanes très attachées à l'application exclusive des prescriptions de leurs droits traditionnel, en matière de statut personnel.

440 Voir *supra*, Partie I, section II, sous-section A, paragraphe 1.

441 *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, art. 5.

442 Marie-Claire RIVIER, «Éléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant», dans COLLOQUE DU LABORATOIRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES APPLIQUÉES AU DROIT PRIVÉ, UNIVERSITÉ DE LILLE II, *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 77, à la page 81.

443 Voir : PATRIMOINE CANADIEN, *Convention relative aux droits de l'enfant. Premier rapport du Canada*, Ottawa, Ministère du patrimoine canadien, 1994.

## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Dans notre démarche comparative il était nécessaire d'exposer la structure sociale de chaque pays pour mieux comprendre l'organisation de leur système juridique respectif. Bien que le Canada et le Liban valorisent la multiplicité culturelle au sein de leur population, leur système juridique s'est construit différemment. Alors que le Canada reste soumis au partage des compétences entre le fédéral et le provincial, au Liban, le domaine du droit de la famille se morcelle en une multitude de droits confessionnels. Dans les deux pays toutefois, l'intérêt de l'enfant en tant que principe de la *Convention*, n'est invoqué qu'à titre référentiel et ne reçoit une signification et une application qu'en fonction du droit interne.

Les lectures culturelles de l'intérêt de l'enfant sont ainsi facilitées, comme nous l'avons vu, à cause même du caractère subjectif de cette notion qui lui permet de se plier aux différentes interprétations des lois déjà existantes et à la discrétion des juges. Vue sous la perspective des droits et des devoirs des parents, l'intérêt de l'enfant paraît au moment de la dissolution de la famille une notion déterminante dans les décisions d'attribution de garde sous le régime de la puissance paternelle du Liban et celui de l'autorité parentale du Québec. En effet, même si l'autonomie familiale est un principe fondamental dans les deux systèmes juridiques, l'intérêt de l'enfant émerge comme un moyen de protection de l'enfant contre les prérogatives conflictuelles du père et de la mère en instance de séparation. Qu'il s'agisse de l'évaluation des besoins de l'enfant ou de l'aptitude parentale à satisfaire ces besoins, chaque système juridique fait intervenir l'intérêt de l'enfant dans le réaménagement de la famille mais en fonction des priorités sociales et juridiques qu'il s'est définies.

Pour réduire dans la mesure du possible l'arbitraire dans l'interprétation de l'intérêt de l'enfant, l'octroi de droits précis à l'enfant lui garantissant l'adhérence à la famille et lui assurant une participation aux procédures juridiques le concernant encourage l'enfant à une évaluation personnelle et autonome de son propre intérêt. La vision de l'enfant en tant que sujet de droit, exige bien sûr un changement d'attitude de la société qui doit se traduire par des remaniements législatifs. Les ajustements qui ont eu lieu dans le *C.c.Q.* n'ont

malheureusement pas d'équivalents au Liban où les droits confessionnels restent fermés sur eux-mêmes. Pourtant, le rôle des parents n'est pas modifié par l'attribution de droits à l'enfant qui de son côté n'est pas privé de la protection dont il a besoin, car ses besoins et ses relations avec sa famille sont envisagés comme des droits fondamentaux qui lui reviennent et qu'il est nécessaire de respecter et de développer. Au lieu d'être compris dans le sens d'une arme contre les parents, l'affirmation des droits de l'enfant ne fait que transformer le rapport parents/enfants et les prérogatives parentales en droits exigibles par l'enfant. De sorte qu'au-delà de la dislocation du couple, l'intérêt de l'enfant et sa protection familiale se trouvent finalement renforcés.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

On affirme souvent que les systèmes juridiques sont traditionnellement jaloux de leurs prérogatives dès qu'il s'agit de la famille et de l'enfant<sup>444</sup>. Le droit de la famille est effectivement le domaine de particularismes irréductibles car les règles qui le construisent plongent leurs racines dans les structures les plus profondes de la société. Pourtant comme on l'a constaté, le droit de la famille constitue aussi un terrain d'élection pour les conventions internationales.

Or, l'adoption d'instruments internationaux comme la *Convention relative aux droits de l'enfant* opère un rapprochement entre les systèmes nationaux, du moins quant aux règles de fond qui concernent les principes de base tel l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, le principe essentiel sur lequel repose la *Convention* est que l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être une considération primordiale. Ce principe est d'ailleurs né dans les droits internes, essentiellement en association avec les questions de relations familiales et de garde et a ensuite connu un écho croissant au niveau international pour devenir une notion solidaire du concept des droits de l'enfant dans nombre d'instruments internationaux antérieurs à la *Convention*. Bien qu'en retard par rapport aux droits de l'homme, les droits de l'enfant ont finalement réussi à créer un mouvement international favorable à l'idée d'offrir une protection spéciale et des droits à cette catégorie de personnes vulnérables.

Ainsi, après dix ans de négociations, la *Convention* fut adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies. En retraçant l'historique de son élaboration à travers ses travaux préparatoires, il paraît évident que l'intense brassage culturel et idéologique a produit un texte de compromis. En dépit des controverses politiques et culturelles, les consensus ont été atteints grâce à la stratégie de recherche du plus petit dénominateur commun et aux efforts de conciliation des organismes non gouvernementaux.

---

<sup>444</sup> M-C. RIVIER, *loc. cit.*, note 442, 77.

Le principe de l'intérêt de l'enfant qui coiffe plusieurs autres dispositions de la *Convention* est très précisément le résultat de cette démarche consensuelle qui en fait une norme flexible aux contours indéfinis.

Par conséquent, dans notre étude, au lieu de donner à cette notion une signification unidimensionnelle au sein d'un processus «d'homogénéisation progressive» qui n'est pas le seul but de la *Convention*<sup>445</sup>, nous avons décomposé les différents plans d'énoncés qui définissent l'intérêt supérieur de l'enfant d'abord dans le contexte même de la *Convention*.

Le premier niveau d'énoncé est délimité par la place et le libellé de l'article 3 qui introduit cette notion dans la *Convention*. Considérée sous ces deux aspects, l'interprétation de l'article 3 se révèle ambiguë et imprécise. Son encadrement textuel suggère une double allégeance aux deux principes compétitifs de protection et de droits de l'enfant. Sa terminologie soulève des questions quant au domaine de son application, l'identité des preneurs de décisions publics ou privés, sa suprématie par rapport aux autres considérations touchant l'enfant.

Le deuxième niveau d'énoncé est celui de l'interrelation de l'article 3 avec d'autres articles de la *Convention* déterminant l'intérêt de l'enfant dans les circonstances plus particulières de sa vie. En invoquant le principe de la responsabilité parentale, le droit de l'enfant à préserver ses relations familiales et le droit d'être entendu sur toute question le concernant, la *Convention* diversifie le champ d'application de cette notion en y incluant les questions de garde et d'accès.

Finalement, le dernier niveau d'énoncé replace cette notion dans l'interprétation globale de la *Convention* et des instruments des droits de la personne en général. Le caractère universel des normes concernant les droits de la personne est de moins en moins considéré absolu mais se trouve relativisé par les traditions culturelles régionales. Cette vérité est

---

<sup>445</sup> Voir : A. LOPATKA, *loc. cit.*, note 161.



textuellement exprimée<sup>446</sup> par la *Convention* mais avec l'intention précise de ne pas favoriser le statu quo et de développer avec le temps des standards communs<sup>447</sup>.

A ce point de notre étude, il est clair que chaque niveau d'énoncé constitue un investissement de sens supplémentaire. Prenant appui sur cette constatation, nous avons exploité les différentes facettes de cette notion en montrant les interprétations qu'elle reçoit en matière de garde et d'accès au Liban et dans la province du Québec au Canada. Ce parcours dans les systèmes juridiques multi-confessionnel du Liban et dualiste du Canada ont aboutit à la conclusion que ce sont les qualités polysémiques de cette notion qui permettent à un droit familial figé depuis des années comme celui du Liban, et à un droit en constante évolution comme celui du Canada de se trouver des points communs de références avec la *Convention*.

La première observation qui s'impose est que l'internationalisation des principes de l'intérêt et des droits de l'enfant n'a pas engendré une activité législative particulière visant à une mise en œuvre de la *Convention* dans le droit interne. Le Canada, en considérant ses lois déjà conformes à la *Convention*<sup>448</sup>, et le Liban, en prétextant l'indépendance totale des tribunaux confessionnels, n'ont entrepris aucune démarche spécifique d'incorporation du principe de l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, c'est à travers les lois déjà existantes que nous avons mis à jour les différents schémas d'appropriation de ce principe.

Lorsqu'elle est placée sous la perspective des droits et des devoirs des parents, la notion de l'intérêt de l'enfant apparaît comme un facteur de contrôle de la puissance paternelle au Liban et de l'autorité parentale au Québec. En effet, tout en respectant la sphère privée de la famille, le droit se manifeste au moment de la dislocation du couple et intervient dans le réaménagement de la famille dans une intention de protection de l'enfant. Ainsi dans les deux pays, l'intérêt de l'enfant est instrumental au moment de l'attribution de la garde car il

---

446 *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 5, préambule.

447 C'est ce qui donne d'ailleurs la raison d'être du Comité des droits de l'enfant. Voir *supra*, notes 82, 104 et 193.

448 PATRIMOINE CANADA, *op. cit.*, note 443.

définir les besoins de l'enfant et l'aptitude des parents à satisfaire ces besoins. En adoptant le discours de la *Convention*, on peut dire que c'est là le plus petit dénominateur commun entre les deux systèmes.

La différence provient comme nous l'avons vue de la priorité accordée aux besoins et aux composantes de l'aptitude parentale. Au Liban, la faute conjugale et la vocation innée de la mère à s'occuper d'un enfant en bas âge sont toujours, au nom de l'intérêt de l'enfant, des facteurs décisionnels d'attribution de garde dans les droits chrétiens et musulmans. Au Québec, l'intérêt de l'enfant est défini indépendamment de toute règle ou présomption préétablies envers les parents, mais en fonction de données associées aux circonstances de chaque cas.

Si dans les deux systèmes, l'intérêt de l'enfant est engagé pour sa protection, la méthode suivie n'est pas identique. Au Liban il est évalué à l'intérieur de compartiments précis extrêmement réglementés dans le cas du droit musulman et dans une moindre mesure dans le droit chrétien. En revanche, la discrétion du juge en la matière est telle au Canada et au Québec, qu'il revient souvent aux tribunaux de dessiner, «en fonction de l'évolution sociale», les grandes lignes qui définissent l'intérêt de l'enfant. La liberté de conjuguer une approche normative à une analyse circonstancielle telle que tolérée par chaque système est laissée aux États parties<sup>449</sup>. La *Convention* en préférant à une norme rigide, un concept volontairement malléable, facilite son processus d'internationalisation.

Lorsque par contre, il est placé sous la perspective des droits de l'enfant, l'intérêt de ce dernier n'est plus tributaire d'une interprétation qui lui est extérieure. Il est défini indépendamment des prérogatives parentales dans le respect des droits de l'enfant. Cette nouvelle vision qui fait de l'enfant un sujet actif recèle des enjeux que les droits confessionnels libanais sont réticents à admettre. Pourtant, examinés de près, les droits de l'enfant ne s'opposent pas nécessairement à ceux des parents. Du moins, en ce qui a trait

---

<sup>449</sup> *Convention relative aux droits de l'enfant*, art. 3 al.2 et 3.

au droit de l'enfant à garder des relations avec ses parents qui rejoint le concept des droits d'accès du parent déjà familial aux droits libanais.

Il en est autrement du droit de l'enfant à exprimer son opinion ou à désigner un représentant dans le cadre d'une procédure l'intéressant, comme une décision de garde l'est certainement. Au Québec, bien que la jurisprudence limite généralement l'exercice de ces droits aux enfants d'un certain âge ou doués de discernement, l'autonomie de pensée et de décision qu'elle leur offre est un outil juridique qui leur permet de s'opposer aux choix parentaux ou même à leur propre intérêt. A cette étape, droits et intérêt de l'enfant s'inscrivent dans une dialectique où ils interagissent. Les droits de l'enfant servent de critères objectifs à l'évaluation de son intérêt mais par un retournement de direction, ses droits sont filtrés et hiérarchisés par son intérêt.

Ce bilan de l'interprétation de l'intérêt de l'enfant aboutit à la confirmation que seule une notion à contenu variable, telle que présentée par la *Convention*, peut servir de point de référence commun à deux systèmes juridiques différents comme celui du Liban et du Canada, et par extrapolation, à d'autres traditions juridiques.

Ce constat appelle deux remarques de plus grande envergure. Le respect des spécificités nationales équivaut à l'acceptation d'une marge d'interprétation laissée aux États contractants et d'une application adaptée de la *Convention*, à condition de ne pas remettre en question les standards minimums dégagés. Mais elle implique aussi l'exigence de degrés dans le processus d'internationalisation. Ce processus peut être ralenti autant par un décalage diachronique que par la réticence des États.

En effet, le décalage diachronique par rapport aux principes généraux de la *Convention* peut être une manifestation d'enracinement et d'attachement à des traditions ou une distanciation par rapport aux modèles proposés. Bien que la *Convention* reconnaisse la famille comme le «milieu naturel pour la croissance et le bien être»<sup>450</sup> de l'enfant, elle énonce des droits

---

450 *Id.*, préambule.

qui appartiennent à chacun de ses membres dont l'enfant. Or, l'enfant titulaire de droits judiciaires est un concept difficile à accepter dans une société comme le Liban qui fait de la famille une institution dont l'unité est assurée par le principe de la puissance paternelle. Au Canada, les transformations sociales correspondent mieux à l'esprit individualiste qui inspirent les droits de la personne. La famille est moins vue comme une institution qu'un espace familial où chaque individu recherche et revendique son bien-être, ce qui suppose la reconnaissance de droits personnels.

Quant à la non intégration de la *Convention*, elle a souvent pour cause les infrastructures étatiques. Leur résistance peut se manifester dès le stade de la ratification par l'utilisation des réserves et des déclarations interprétatives, mais aussi au stade de la réception des normes en droit interne. Les ajustements juridiques ont souvent des implications politiques que les États préfèrent éviter. A cet égard, à la crainte du Liban de remettre en question le fragile équilibre politique entre les confessions répond le souci du Canada de ménager les susceptibilités des juridictions provinciales et fédérales au sujet du partage des compétences.

La deuxième remarque concerne cette fois l'importance de l'apport des interprétations particularisées de la notion de l'intérêt de l'enfant à la compréhension générale du principe tel que présenté par la *Convention*. La familiarisation avec les conceptions variées de l'intérêt de l'enfant et la place qui leur est accordée dans les systèmes juridiques différents donnent à cette notion un éclairage nouveau qui contribue non pas nécessairement à préciser son contenu qui reste flou - parce qu'il s'agit justement d'un principe directeur - mais à suggérer des voies d'approches alternatives. Le Canada, en réajustant constamment sa vision et son appréciation, fait de l'intérêt de l'enfant un concept en constante évolution surtout en matière de garde. Le Liban, étant un microcosme de cultures et de religions montre quant à lui, que l'appartenance communautaire et religieuse peut être un facteur d'évaluation de l'intérêt d'un enfant dont l'identité est fortement marquée par son entourage culturel. Sans s'enfermer dans un pluralisme législatif communautaire aussi rigide, il est possible de développer une approche de l'intérêt de l'enfant surtout en matière de garde, qui

ne soit pas basée seulement sur une conception individualiste de ses besoins, mais aussi sur les facteurs culturels et religieux qui déterminent son identité.

Le caractère volontairement imprécis donné par la *Convention* au principe de l'intérêt de l'enfant ouvre la voie à des approches multiples qui facilitent son internationalisation. Après tout, l'universalité d'une norme ne se négocie pas seulement au moment de la rédaction du texte, mais représente un processus en perpétuel devenir.

## TABLE DES LOIS CITÉES

### A. Conventions internationales

*Charter of the Rights and Welfare of the African Child*, Organization of African Unity, Addis Ababa, 11 July 1990.

*Constitution de l'organisation mondiale de la santé*, (1948) R.T.N.U. 204.

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, également appelée "Protocole de Buenos-Aires", Doc. off. O.E.A., Ser K/XVI/1.1.

*Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant et rapport explicatif*, Strasbourg, Direction des affaires juridiques, Conseil de l'Europe, le 8 septembre 1995.

*Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, Luxembourg le 20 mai 1980, série des Traités européens, no 105; *Rapport explicatif de la Convention européenne en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980.

*Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale*, A.G. Rés. 2106 (XX), Doc. Off. A.G., 20<sup>e</sup> session, supp. n°14, p. 50;

*Convention n° 5 fixant l'âge minimum d'admission des enfants aux travaux industriels*, (1949) R.T.N.U. 83.

*Convention n° 7 fixant l'âge minimum d'admission minimum des enfants au travail maritime*, (1949) R.T.N.U. 111.

*Convention relative au statut des réfugiés*, Doc. N.U., 28 juillet 1951 (Résolution 429 (V)).

*Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc. off. A. G., 14<sup>e</sup> session, supp. n° 16, p. 19, Doc. N.U., 20 novembre 1989 (Résolution A/4354).

*Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. N.U., 18 décembre 1979 (Résolution 34/180).

*Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35.

*Déclaration des droits de l'enfant*, A. G. Rés. 1386 (XIV), Doc. Off. A. G., 14<sup>e</sup> session, supp. n° 16, p. 19, Doc. N.U., 1959 (Résolution A/4354).

*Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur le plan national et international*, Doc. N.U., 3 décembre 1986 (Résolution 4185).

*Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. A.G. 217 A(III), Doc. N.U. p. 71, 1948 (Résolution A/801).

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107.

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 943 R.T.N.U. 13.

## **B. Canada**

### **1) Lois fédérales**

*Acte de l'Amérique du Nord Britannique (Loi constitutionnelle de 1867)*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (1982, R-U., c.11)].

*Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

*Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23.

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C., c. Y-1.

### **2) Lois et Codes provinciaux**

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

*Code civil du Bas-Canada*.

*Code civil du Québec*.

*Code de procédure civile*.

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Décret 1676-91 (9 décembre 1991), (1992) 124 G.O. ii, 51.

*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droits de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

*Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72.

*Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

*Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q. C. a-23.01.

*Loi sur les relations familiales*, L.R.T.N.-O, (1988), ch. D-8, art.28(2).

## **C. Liban**

*Code canonique latin.*

*Code de procédure civile libanais.*

*Code pénal libanais.*

*Le Ahkam al-chariat fi al-ahwal al-chakhsiyya, dit "code de Quadri-pacha".*

*Loi du 16 juillet 1962 portant l'adoption du projet relatif à l'organisation des juridictions char'i, sunnites et ja'afarites.*

*Loi du 2 Avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes.*

*Loi du 24 février 1948 sur le statut personnel de la communauté druze.*

*Loi sur le statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe.*

*Loi sur le statut personnel de la communauté grecque-orthodoxe.*

*Loi sur le statut personnel des communautés catholiques.*

*Motu Proprio "Crebrae Allatae" du 22 février 1949 sur la discipline du mariage dans l'église orientale.*



## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

### A. Canada

*Adams et autre c. McLeod et autre*, [1978] 2 R.C.S. 621.

*Attorney-General for Canada c. Attorney General of Ontario*, [1937] A. C. 326.

*B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

*Baker c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, [1997] 2 F.C. 127 (Cour fédérale, division d'appel).

*C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 269.

*R. c. Canada Labour Relations Board*, (1964) 44 DLR (2d) 440.

*Commission des droits de la personne du Québec et Commission scolaire de Saint-Jean-sur-le-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C. A.).

*Droit de la famille-301*, [1988] R.J.Q. 17.

*Droit de la famille-678*, [1990] R.D.F. 395. (C.A.).

*Droit de la famille-925*, J.E. 91-72.(C.A.).

*Droit de la famille-935*, J.E. 91-151.

*Droit de la famille-1084*, [1987] R.D.F. 117.

*Droit de la famille-1326*, [1990] R.D.F. 401.

*Droit de la famille-1332*, [1990] R.D.F. 409.

*Droit de la famille-1549*, [1992] R.J.Q. 855.

*Droit de la famille-1615*, [1992] R.D.F. 399.

*Droit de la famille-1636*, [1992] R.D.F. 600.

*Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166.

*Droit de la famille-1846*, [1993] R.D.F. 415.

*Droit de la famille -1883*, [1993] R.J.Q. 2709 (C.A.).

*Droit de la famille 1918*, [1994] R.D.F. 68.

*Droit de la famille-2201*, J.E. 95-1094.

*Droit de la famille-2419*, [1996] R.D.F. 355.

*Droit de la famille-2494*, [1996] R.D.F. 647.

*Droit de la famille-2513*, [1996] R.D.F. 804.  
*Droit de la famille-2550*, [1997] R.D.F. 768.  
*Droit de la famille-2568*, [1997] R.D.F. 73.  
*Droit de la famille-2689*, [1997] R.D.F. 485.  
*Droit de la famille-2795*, J.E. 97-2045.  
*Droit de la famille-2829*, [1997] R.D.F. 886.  
*Droit de la famille-2991*, J.E. 98-1063 (C.A.).  
*Droit de la famille-3043*, J.E. 98-1490.  
*Droit de la famille-3055*, [1998] R.D.F. 475.  
*Gervais et Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire régionale Chauveau*, [1993] R.J.Q. 929.  
*Gordon c. Goertz*, [1996] 3 R.C.S. 23.  
*Goyette (In Re) : Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429.  
*King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87.  
*L. C. c. A. B.*, [1994] A.Q. n°1108 (Q.L.).  
*MacDonald c. Vapors Canada*, [1977] 2 R.C.S.132.  
*Mastini c. Bell Telephone of Canada*, (1971) 18 DLR (3d) 215.  
*National Corn Growers Assn. c. T.C.I.*, [1990] 2 R.C.S. 1324.  
*P. (D.) c. (C.) S.*, [1993] 4 R.C.S. 141.  
*Protection de la jeunesse-68*, J.E. 93-572.  
*Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173.  
*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relation Act*, [1987] 1 R.C.S. 313.  
*Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525.  
*Riche c. Dupuis*, C.A. 200-09-000750-908.  
*S.B. c.D.L.* [1995] A.Q. no 1003 (Q.L.).  
*W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] R.C.S. 108.  
*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

## **B. Liban**

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 1<sup>er</sup> mai 1954.*

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 26 mai 1993.*

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 8 Août 1984*

Tribunal du statut personnel arménien-orthodoxe, *jugement du 2 Avril 1985*

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne orthodoxe, *jugement du 15 février 1986.*

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 25 juin 1994.*

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 17 janvier 1992.*

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 2 mai 1994.*

Tribunal du statut personnel de la communauté arménienne-orthodoxe, *jugement du 28 juillet 1988.*

Tribunal du statut personnel de la communauté druze, *jugement no 116/11, 16 octobre 1996.*

Tribunal du statut personnel de la communauté druze, *jugement no 29/10, 15 avril 1995.*

## BIBLIOGRAPHIE

### A. Monographies

- ALSTON, P. (dir.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- ALSTON, P., *The Best Interests of the Child: Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, Florence, Innocenti Studies, 1996.
- ARBOUR, J.-M., *Droit international public*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.
- BAAKLINI, A. I., *Legislative and Political Development, Lebanon*, Durham, Duke University Press, 1976.
- BERNARDI, M.-J., *Le droit à la santé du fœtus au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1995.
- BOISCLAIR, C., *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde : réalité ou apparence?*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1978.
- BOUDJIKANIAN, A., KAHI, A. et J. KHOURI, *Orientations culturelles et valeurs religieuses au Liban*, Beyrouth, Centre d'études et de recherches sur l'Orient chrétien, 1991.
- BOULANGER, F., *Droit civil de la famille : aspects comparatifs et internationaux*, t. II, Paris. Économica, 1990.
- CAIRNS, A. et C. WILLIAMS (dir.), *The Politics of Gender, Ethnicity and Language in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1986.
- CHARIF FELLER, D., *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits syrien, égyptien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996.
- COLLECTION DE DROIT, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.
- COLLOQUE DU LABORATOIRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES APPLIQUÉES AU DROIT PRIVÉ, UNIVERSITÉ DE LILLE II, *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- DELEURY, E. et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 2 ed., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.
- DETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the «Travaux préparatoires»*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992.

- EEKELAAR, J. et P. SARCEVIC (dir.), *Parenthood in Modern Society, Legal and Social Issues for the Twenty First Century*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993.
- EL GEMAYEL, A. E., *The Lebanese Legal System*, Washington D.C., International Law Institute in cooperation with Georgetown University, 1985.
- EMANUELLI, C., *Droit international public, les fondements, les sources, les États*, 2e éd., t. I, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993.
- FREEMAN, M. et P. VEERMAN (dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992.
- GAGNEBIN, B. et M. RAYMOND (dir.), *J.J. Rousseau: Oeuvres complètes, Emile*, tome IV, Dijon, Bibliothèque de la Pléiade, 1969.
- GANNAGÉ, P., *Législation comparée: Liban*, Beyrouth, Éditions techniques-Juris-Classeurs-, 1990.
- GLENN, P. et M. OUELLETTE, *La culture, la justice et le droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1994.
- GRATALOUP, S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris L.G.D.J., 1998.
- HIMES, J. R., *Implementing the Convention on the Rights of the Child: Resource Mobilisation in Low-Income Countries*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- HOKAYEM, A., *La genèse de la constitution libanaise de 1926*, Antélias, les éditions universitaires du Liban, 1996.
- LAMARCHE, L. et P. BOISSET, *Des enfants et des droits*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1997.
- LANDAU, B. (dir.), *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Éditions Carswell, 1986.
- LI, P. S. (dir.), *Race and Ethnic Relations in Canada*, Toronto, Oxford U. Press, 1990.
- MAHMASSANI, M. et I. MESSARA, *Statut Personnel, Textes en vigueur au Liban*. Documents Huvelin, Beyrouth, Faculté de Droit et de Sciences économiques, 1970.
- MARCIL-GRATTON, N., *Grandir avec maman et papa? Les trajectoires familiales complexes des enfants canadiens*, Ottawa, Statistique Canada, Développement des ressources humaines Canada, 1998.
- MÉNASSA, B., *Constitution libanaise: Textes et commentaires et accord de Taef*. Beyrouth, les Éditions L'Orient, 1995.
- MILLOT, L. et F-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1987.

- MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, t. 2, Dijon, Bibliothèque de la Pléiade, 1951.
- OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1995.
- PALLARD H. et S. TZITZIS (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997.
- PIAGET, J., *La Construction du réel chez l'enfant*, Neufchâtel, Delachaux et Niestlé, 1950.
- PIAGET J. et B. INHELDER, *La psychologie de l'enfant*, Paris, P.U.F., 1976.
- PORTER, J., *The Vertical Mosaic*, Toronto, University of Toronto Press, 1965.
- RIZK C., *Le régime politique libanais*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. et R. FRANK (dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996.
- SAULLE, M. R., *The Rights of the Child: International Instruments*, New York, Transnational Publishers Inc., 1995.
- SCHAEFFER, E. (dir.), *Protection juridique et sociale de l'enfant*, Bruylant, Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, 1993.
- SYRTASH, J. T., *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992.
- TOPAKIAN, M., *Le divorce dans la communauté arménienne grégorienne-orthodoxe du Liban*, Beyrouth, Faculté de droit et des sciences humaines de l'Université Saint-Joseph, 1972.
- TORRELLI, M. (dir.), *La protection internationale des droits de l'enfant*, coll. «Travaux et recherches de l'Institut du droit de la paix et du développement de l'Université de Nice», La Haye, 1979.
- TRABOULSI, I., *Le mariage et ses effets selon les confessions: les codifications du 2 Avril 1951 (en arabe)*, Beyrouth, Conseil des églises du Proche-Orient, 1994.
- VEERMAN, P., *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1992.
- VERHELLEN, E., *Convention on the Rights of the Child: Background, Motivation, Strategies, Main Themes*, 2<sup>e</sup> éd., Leuven, Garant, 1997.
- VERHELLEN, E. (dir.), *Monitoring Children's Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- ZOLA, E., *Les Rougon-Macquart*, tome III, Dijon, Bibliothèque de la Pléiade, 1964.

## B. Articles et revues

- AGUILAR, L. M., «The Role of the NGOs in Monitoring Children's Rights», dans VERHELLEN, E. (dir.), *Monitoring Children's Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 503.
- ALEN, A. et P. WOUTER, «The UN Convention on the Rights of the Child's Self-executing Character», dans VERHELLEN, E. (dir.) *Monitoring Children's Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 165.
- ALSTON, P., «The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights», (1994) 8 *International Journal of Law and the Family* 1.
- AN-NA'IM, A., «Cultural Transformation and Normative Consensus on the Best Interests of the Child», (1994) 8 *International Journal of Law and the Family* 62.
- ARLIC, R., «Déménagement d'un parent gardien, déplacements d'enfants: les principes applicables», dans *Développements récents en droits familial (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 109.
- BALA, N., «Developments in Family Law: 1993-94 Term, The Best Interests of the Child», (1995) 6 *Supreme Court Law Review* 453.
- BALA, N. et J. D. REDFEARN, «"Family Law and the Liberty Interest" : Section 7 of the Canadian Charter of Rights», dans LANDAU, B.(dir.), *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Éditions Carswell, 1986, p. 243.
- BARRIERE-BROUSSE, I., «L'enfant et les conventions internationales», (1996) 4 *Journal de droit international* 843.
- BEAUDOIN, G. A., «La protection de l'enfant en droit constitutionnel au Canada et au Québec: une vue générale», (1978) 9 *R.D.U.S.* 2.
- BENHAMOU, Y., «La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant - regard critique», (1996) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 23.
- BERNARD, C., «Les droits de l'enfant, entre la protection et l'autonomie», dans LAMARCHE, L. et P. BOISSET, *Des enfants et des droits*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, p. 25.
- BERNARD, C., WARD, R. et B. M. KNOPPERS, «Best Interests of the Child Exposes: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law», (1992) 2 *Revue canadienne de droit familial* 57.
- BOUDREAU, L., GRIMAUD, M.-A. et J-F. NOEL, «La Convention relative aux droits de l'enfant et son application en droit canadien», dans RUBELLIN-DEVICHI, J. et R. FRANK (dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 262.
- BUIRETTE, P., «Réflexions sur la Convention relative aux droits de l'enfant», (1990) *Revue belge de droit international* 54.

- DAOUDI, R., «La codification des droits de l'enfant: analyse des prises de position gouvernementales», dans TORRELLI, M. (dir.), *La protection internationale des droits de l'enfant*, coll. «Travaux et recherches de l'Institut du droit de la paix et du développement de l'Université de Nice», La Haye, 1979, p. 23.
- DELEURY, E., RIVET, M. et J.M. NAULT, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale: une institution en voie de trouver sa vraie finalité», (1974) 15 *C. de D.* 779.
- DOUCET, J., «La représentation des enfants en matière familiale», dans *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 103.
- EEKELAAR, J., «The Importance of Thinking that Children have Rights», (1992) 6 *Journal of Law and the Family* 221.
- EEKELAAR, J., «The Emergence of Children's Rights», (1986) 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 181.
- EEKELAAR, J., «The Interest of the Child and The Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism», dans ALSTON, P. (dir.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford university Press, 1994, p. 47.
- FREEMAN, M., «The Best Interests of the Child? *Is the Best Interests of the Child in the Best Interest of Children?*», (1997) 11 *International Journal of Law, Policy and the Family* 360.
- GANNAGÉ, P., «Problèmes soulevés au Liban par la garde des enfants nés d'époux de communautés différentes», (1982-83) 35-36 *Proche-Orient études juridiques* 117.
- GANNAGÉ, P., «La puissance paternelle dans le nouveau droit des communautés catholiques au Liban», (1956) *Annales de la Faculté de droit de l'Université Saint Joseph de Beyrouth* 103.
- GANNAGÉ, P., «Le système juridique multi-confessionnel libanais et la protection de l'enfant en cas de dissolution de la famille», dans SCHAEFFER, E. (dir.), *Protection juridique et sociale de l'enfant*, Bruylant, Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, 1993, p. 376.
- GANNAGÉ, P., «L'État face au pluralisme des statuts familiaux au Liban», (1967) *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques* 25.
- GÉLINAS, L. et B. M. KNOPPERS, «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection», (1993) 53 *R. du B.* 6.
- GIL, T., «La diversité culturelle et la rationalité des droits de l'homme», dans Henri PALLARD et Stanatios TZITZIS, *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 141.
- GIROUX, M., «La séparation de corps et le divorce: aspects généraux du traitement du litige conjugal», dans COLLECTION DE DROIT, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 79.



- GOUBAU, D., «L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien», dans *Développements récents en droit familial (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 25.
- GROFFIER-ATALA, E., «De la puissance paternelle à l'autorité parentale», (1977) 8 *R.G.D.* 223.
- HAFEN, B. C. et J. O. HAFEN, «Abandoning Children to their Autonomy : The United Nations Convention on the Rights of the Child», (1996) 37 *Harvard International Journal* 449.
- HEINTZE, H.-J., «The UN Convention and the Network of the International Human Rights Protection by The UN», dans FREEMAN, M. et P. VEERMAN (dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 71.
- IDOLA, A. «La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant», dans RUBELLIN-DEVICHI, J. et R. FRANK (dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 83.
- IVANSKI, J. et E. LONGPRÉ, «L'autorité parentale: une responsabilité partagée», dans *L'autorité parentale: un droit ou un devoir...pour qui!* 1984 Prix Charles-Coderre, Cowansville, les éditions pour l'avancement du droit social, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 73.
- JOHNSON, D., «Cultural and Regional Pluralism in the Drafting of the UN Convention on the Rights of the Child», dans FREEMAN, M. et P. VEERMAN (dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 95.
- JOYAL, R., «Quelques réflexions sur l'article 16 de la Loi de 1985 [Loi sur le divorce, L.R.C.(1985) c. 3(2e suppl.)] sur le divorce relatif à la garde des enfants», (1987) 47 *R. du B.* 817.
- JOYAL, R., «L'enfant dont la garde est contestée: sa place dans le processus de décision», (1996) *C. de D.* 37.
- JOYAL, R., «La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant: sa place dans la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant», (1991) 62 *Revue internationale de droit pénal* 785.
- JUPP, M., «The UN Convention on the Rights of the Child: An Opportunity for Advocates», (1990) 12 *Human Rights Quarterly*, 130.
- LAVALLÉE, C., «La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada», (1996) *Revue internationale de droit comparé* 605.
- LEBLANC, L. J., «Reservations to the Convention on the Rights of the Child: A Macroscopic View of State Practice», (1996) 4 *The International Journal of Children's Rights* 357.
- LESAGE, R., «Garde ou autorité parentale: l'emprise de la sémantique», (1988) 91 *R. du N.* 46.

- L'HEUREUX-DUBÉ, C., «La garde conjointe, concept acceptable ou non?», (1979) 39 *R du B* 835.
- LOPATKA, A., «The Right of the Child Are Universal: The Perspective of the UN Convention on the Rights of the Child», dans FREEMAN, M. et P. VEERMAN, *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 47.
- LÜCKER-BABEL, M., «The Rights of the Child to Express Views and Be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child», (1995) 3 *The International Journal of Children's Rights*, 391.
- MARTIN, Y. et J. A. ULYSSE, «L'autorité parentale: un droit et un devoir...pour qui?», dans Prix Charles-Coderre 1984 pour l'avancement du droit social, *L'autorité parentale: un droit et un devoir...pour qui?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 5
- MAYRAND, A., «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», (1988) 67 *R. du B.* 193.
- MAYRAND, A., «La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale dans diverses ordonnances de garde d'enfant», (1988) 33 *R. D. McGill* 257.
- MAYRAND, A., «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant», (1982), 85 *R. du N.* 28.
- MAYRAND, A., «Évolution de la puissance paternelle en droit civil québécois», dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 621.
- MILJEYEIG-OLSEN, P., «Advocacy as Children' Rights-The Convention as More than a Legal Document», (1990) 12 *Human Rights Quarterly* 150.
- NAJJAR, I., «Droit de la famille au Liban aux XVIIIe et XIXe siècles : Contribution à l'étude du droit des non-musulmans sous l'empire ottoman après La Révolution française», (1987) 40 *Proche-Orient, études juridiques* 9.
- NAUD, D. et G. TREMBLAY, «L'enfant sujet de droit: à la recherche d'un nouvel équilibre familial», dans *Droits et responsabilités entre les parents et les enfants : Y a-t-il un équilibre?* Prix Charles Coderre 1997, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1.
- O'DONNELL, D., «La Convention relative aux droits de l'enfant: Sous toute réserve...», (1992) 9 *Tribune internationale des droits de l'enfant* 8.
- OUAZZANI CHADI, H., «Les sources constitutionnelles des droits de l'enfant en tant que principes généraux du droit dans TORELLI, M. (dir.), *La protection internationale des droits de l'enfant*, coll. «Travaux et recherches de l'Institut du droit de la paix et du développement de l'Université de Nice», La Haye, 1979, p. 41.
- OUELLETTE, M., «La protection de l'enfant en cas de dissolution de la famille», dans SCHAEFFER, E. (dir.), *Protection juridique et sociale de l'enfant*, Bruylant, Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, 1993, p. 213.

- OUELLETTE-LAUZON, M. «Notion de l'intérêt de l'enfant», (1974) 9 *Thémis* 369.
- PRICE COHEN, C. et H. NAIMARK, «United Nations Convention on The Rights of the Child», (1991) 46 *Am. Psychologist* 60.
- PRICE COHEN, C., «The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism», dans FREEMAN, M. et P. VEERMAN(dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 53.
- PRICE COHEN, C., «The Role of Nongovernmental Organizations in the Drafting of the Convention on the Rights of the Child», (1990) 12 *Human Rights Quarterly* 140.
- PROVOST, M., «Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant: réflexions à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel», (1987) 47 *R. du B.* 199.
- RIVIER, M.-C., «Éléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant», dans COLLOQUE DU LABORATOIRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES APPLIQUÉES AU DROIT PRIVÉ, UNIVERSITÉ DE LILLE II, *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 77.
- RONDEAU-RIVER, M.-C., «La Convention des Nations-Unies sur les droits des enfants devant la Cour de cassation:un traité mis hors jeu», (1993) 28 *Dalloz Sirey* 203.
- ROSENCZVEIG, J. P., «The Self-executing Character of the Children's Rights Convention in France», dans VERHELLEN, E. (dir.), *Monitoring Children's Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 187.
- ROULAND, N., «Cultural Dimensions of Kinship», dans EKELAAR, J. et P. SARCEVIC (dir.), *Parenthood in Modern Society, Legal and Social Issues for the Twenty First Century*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, p. 5.
- RUBELLIN-DEVICHI, J.«The Best Interests Principle in French Law and Practice», dans ALSTON, P. (dir.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 259.
- RUIZ-GIMÉNEZ, J., «The Human Rights of the Child», (1993) 50 *International Commission of Jurists* 81.
- SANTOS PAIS, M., «Comité des droits de l'enfant», (1991) 47 *Bulletin des droits de l'homme* 32.
- SAUVÉ, I., «L'autorité parentale:un droit ou un devoir...pour qui!», dans *L'autorité parentale:un droit ou un devoir...pour qui!* 1984 Prix Charles-Coderre, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 127.
- SCHABAS, W., «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», (1996) 18 *Human Rights Quarterly* 473.
- SIMLER, P., «La notion de garde de l'enfant», (1972) LXX *Revue de droit civil* 685.a

- SMYCZYNSKI, T., «La définition de la famille en droit international public», dans TORRELLI, M.(dir.), *La protection internationale des droits de l'enfant*, coll. «Travaux et recherches de l'Institut du droit de la paix et du développement de l'Université de Nice», La Haye, 1979, p. 91.
- ST-PIERRE, A., «L'autorité parentale: un droit ou un devoir ...pour qui!», dans. *pour l'avancement du droit social, l'autorité parentale: un droit ou un devoir...Pour qui!*, Prix Charles-Coderre 1984, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 183.
- SWINTON, K., «Multiculturalism and the Canadian Constitution», dans GLENN, P. et M. OUELLETTE, *La culture, la justice et le droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 81.
- TÉTRAULT, M., «L'enfant mineur - l'autonomie du recours en matière familiale», (1995) *55 R. du B.* 667.
- THÉRY, I., «Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique ?», (1992) *180 Esprit* 5.
- THEYTAZ-BERGMAN, L. «NGO Group for the Convention on the Rights of the Child», dans VERHELLEN, E. (dir.), *Monitoring Children's Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, p. 537.
- THOMPSON, B., «Africa's Charter on Children's Rights», (1992) *41 International and Comparative Law Quarterly* 438.
- TOPALIAN, V. et J. WHITE, «Le projet de vie d'un enfant: un concept en évolution», dans *1998 Développements récents en droit de la jeunesse 101*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 115.
- TURP, D., «L'arrêt *Bazilio c. Collins* et la nature juridique des ententes internationales du Québec», (1984) *1 R.Q.D.I.* 347.
- VAN PRAAGH, S., «Religion, Custody, and a Child's Identities», [1997] *35(2) Osgood Hall Law Journal* 309.
- VERHELLEN, E., «Changes in the Image of Childhood», dans FREEMAN, M. et P. VEERMAN (dir.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 81.

### **C. Avis et rapports**

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire du Comité du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, 1995.

*Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, Ottawa, Ministère des Approuvoisnements et Services Canada, 1993.

*Les observations de la Norvège* dans Doc. N.U. E/CN4/1324, 27 décembre 1978.

*Les observations de Madagascar*, dans Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 35e session, Doc. N.U., E/CN4/1324, 27 décembre 1978, p. 16, §1.

*Les observations des Pays-Bas*, dans Doc. N.U., 35e session, E/CN4/1324, 27 décembre 1978, p. 19 § 1 & 2.

*Les observations du Comité des droits de l'enfant sur le rapport présenté par l'Indonésie*, N.U. Doc. CRC/C/15/Add. 12.

*Les observations du Comité sur les droits de l'enfant sur le rapport de la France*, Doc. N.U., CRC/C/Add. 15.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Fiches d'information N° 10 (Rev.1), Les droits de l'enfant*, Genève, avril 1997, pp.4-5.

Parlement du Canada, *Pour l'amour des enfants, rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants*, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/SJCA/Studies/Reports/sjacrp02-f.htm>, décembre 1998.

PATRIMOINE CANADIEN, *Convention relative aux droits de l'enfant. Premier rapport du Canada*, Ottawa, Ministère du patrimoine canadien, 1994.

*Rapport de la Slovénie*, CRC/C/8/Add. 25, 30 mai 1995.

*Rapport du Liban*, N.U. Doc. CRC/C/8/Add. 23.

*Réserves de l'Iran*, N.U. Doc. CRC/CP/L.1/REV.1

### **D. Articles de journaux**

«La Cour suprême sera à l'écoute d'une immigrante», *Le Devoir*, le 4 novembre 1998, p. A-7.

## ANNEXES

A. *TEXTES ÉTATIQUES :*

A) *COMMUNAUTÉS SUNNITES ET CHI'ITE.*

**1. Loi du 16 juillet 1962**

*portant adoption du projet relatif à l'organisation des juridictions char'is, sunnites et ja'afarites.*

[Extraits relatifs aux sources et au fond du droit (\*)]

CHAPITRE VIII : DES JUGEMENTS

*Article 242. — Le juge sunnite statue conformément aux leçons les plus reçues du rite de Abou Ḥanifa, hors les cas réglés au code de la famille du 8 muharram 1336 (25 octobre 1917). Le juge ja'afarite statue conformément à la doctrine ja'afarite et aux dispositions non contraires du code de la famille.*

B) COMMUNAUTÉ DRUZE.

**1. Loi du 24 février 1948**

*sur le statut personnel de la Communauté druze (\*).*

CHAPITRE IX: DE LA ḤAḌĀNAH

*Article 54.* — La mère prime toute personne pour la ḥaḍānah de l'enfant et son éducation durant le mariage et après la séparation, si elle réunit les qualités requises.

*Article 55.* — La ḥāḍīnah, qu'elle soit ou non la mère, doit être majeure, raisonnable, digne de confiance, saine de corps et en mesure d'éduquer et de protéger l'enfant; en outre, si elle est mariée, son mari doit être parent de l'enfant à un degré emportant empêchement à mariage.

*Article 56.* — Si la ḥāḍīnah, qu'elle soit ou non la mère de l'enfant, contracte mariage avec un homme non parent de l'enfant au degré sus-indiqué, elle perd son droit à la ḥaḍānah, qui passe à la titulaire subséquente; à défaut d'une personne réunissant les qualités requises, le wali de l'enfant doit le prendre en charge, mais la ḥaḍānah revient à sa titulaire normale dès que rien ne s'y oppose plus.

*Article 57.* — La ḥaḍānah revient à la ligne maternelle dans l'ordre des degrés de parenté; à égalité de degrés, les parentes utérines priment les parentes consanguines. Si la mère décède, épouse un étranger ou ne présente pas les qualités requises, son droit passe à sa mère; à défaut, ou au cas d'inaptitude de celle-ci, la ḥaḍānah passe à l'aïeule paternelle, puis aux sœurs de l'enfant, la sœur germaine, puis la sœur utérine, puis la sœur consanguine, puis aux filles des sœurs, la fille de la sœur germaine primant celle de la sœur utérine, puis aux tantes maternelles de l'enfant, la sœur germaine de la mère, puis la sœur utérine, puis la sœur consanguine; la ḥaḍānah passe ensuite à la fille de la sœur consanguine de l'enfant, puis aux filles de son frère, puis aux tantes paternelles, la sœur germaine du père, puis la sœur utérine, puis la sœur consanguine; elle passe ensuite aux tantes maternelles de la mère, puis à celles du père, enfin aux tantes paternelles des ascendantes et ascendants dans l'ordre précité.



*Article 58.* — S'il n'existe pas de parentes de l'enfant à un degré emportant empêchement à mariage ou s'il en existe qui n'ont pas l'aptitude requise, le droit de ḥaḍānah passe aux agnats dans l'ordre successoral: le père, puis l'aïeul, puis les frères, germain et consanguin, puis les fils du frère germain, puis ceux du frère consanguin, enfin les oncles paternels, frères germain puis consanguin du père, la ḥaḍānah revenant, à égalité de degré, au meilleur d'entre eux puis au plus âgé.

*Article 59.* — A défaut d'agnat pouvant être chargé de la ḥaḍānah ou présentant l'aptitude requise, la petite fille ne sera confiée qu'à un parent à un degré emportant empêchement à mariage: l'aïeul maternel, puis le frère utérin, puis le fils de celui-ci, puis le frère utérin du père, puis les oncles maternels, frères germain, consanguin, utérin de la mère. Ni les cousines germaines paternelles ni les cousines germaines maternelles n'ont droit à la ḥaḍānah des garçons, mais elles ont droit à celle des filles. De même, les cousins germains tant paternels que maternels n'ont pas droit à la ḥaḍānah des filles mais à celle des garçons. Si une fille susceptible de ḥaḍānah n'a pour parent qu'un cousin paternel, le juge peut la lui confier s'il l'en juge digne; sinon il remet l'enfant à une femme de confiance.

*Article 60.* — La rétribution de la ḥaḍānah est distincte de la pension alimentaire. Elle incombe au père si l'enfant n'a pas de biens personnels. Si l'enfant a quelque bien, son père est déchargé, sans préjudice des versements bénévoles.

*Article 61.* — Si la ḥaḍānah est exercée par la mère soit divorcée, soit mariée à un parent de l'enfant à un degré emportant empêchement à mariage, soit en délai de retraite, celle-ci a droit à rétribution. Si la ḥaḍānah n'a pas de maison où garder l'enfant sans ressources, le père doit les héberger l'un et l'autre. Si l'enfant a besoin d'un serviteur, son père doit le lui fournir s'il en a les moyens. Les ḥāḍīnah autres que la mère ont droit à rétribution.

*Article 62.* — Si la mère de l'enfant (garçon ou fille) refuse d'exercer la ḥaḍānah gratuitement, si l'enfant n'a pas de biens, si le père n'a pas de ressources et s'il n'y a pas de volontaire bénévole parmi les femmes parentes de l'enfant à un degré emportant empêchement à mariage, la mère est tenue à la ḥaḍānah, sa rétribution constituant une dette à la charge du père. Au cas où elle est sans ressources, elle peut, avec l'autorisation du juge, contracter un emprunt.

*Article 63.* — S'il existe une volontaire bénévole, apte à la ḥaḍānah, parente de l'enfant à un degré emportant empêchement à mariage, si l'enfant n'a pas de biens mais si le père a des ressources, la mère prime cette volontaire même si elle exige une rétribution.

En revanche, que l'enfant ait ou non des biens, si le père est sans ressources, la mère a le choix entre prendre soin gratuitement de l'enfant ou le remettre à la volontaire bénévole; au cas où elle n'opte pas pour la première solution, l'enfant lui est enlevé et confié à la volontaire bénévole; elle conserve cependant le droit de le voir et d'en prendre soin. Enfin, si le père a des ressources et si l'enfant a des biens, il n'est pas remis à la volontaire bénévole étrangère, mais confié à sa mère contre une rétribution appropriée même si celle-ci doit être prélevée sur les biens de l'enfant.

*Article 64.* — La ḥaḍānah cesse lorsque le garçon atteint l'âge de sept ans et la fille l'âge de neuf ans; le père doit alors prendre l'enfant. A défaut de père et d'aïeul paternel, le petit garçon est remis au plus proche agnat. La petite fille peut seulement être confiée à un homme qui lui est interdit en mariage. A défaut d'agnats l'enfant demeure chez la personne qui en avait la ḥaḍānah, sauf si le juge lui trouve une parente plus proche.

*Article 65.* — Il est interdit au père de faire sortir l'enfant du pays de sa mère sans le consentement de celle-ci, tant que dure la ḥaḍānah. En revanche, si le père divorcé prend l'enfant à son ex-épouse en raison de son remariage avec un étranger et s'il n'y a pas d'autre titulaire possible de la ḥaḍānah, le père peut emmener l'enfant hors du pays jusqu'à ce que la mère ou celle qui pourrait la remplacer recouvre son droit à la ḥaḍānah.

## B. DOCTRINE HANAFITE

### **Droit musulman du statut personnel et des successions suivant le rite hanafite**

*dit « Code de Qadri Pacha », articles 332-647 (\*).*

#### LIVRE IV : DES ENFANTS

##### CHAPITRE II: DEVOIRS DES PARENTS ENVERS LEURS ENFANTS

*Article 365.* — Tout père doit avoir soin de l'éducation de son enfant, lui faire apprendre un art ou métier selon son état et la vocation de l'enfant, pourvoir à la conservation de ses biens, et l'entretenir, s'il n'a point de ressources, le garçon jusqu'à ce qu'il soit à même de gagner sa subsistance par un travail rémunérateur, la fille jusqu'à son mariage. La mère doit, de son côté, veiller à la garde de son enfant et l'allaiter dans les cas où elle est obligée de le nourrir.

##### SECTION III: *De la ḥaḍānah (droit de maternité)*

*Article 380.* — Toute mère légitime a le droit de garder son enfant, garçon ou fille, soit pendant le mariage, soit après sa dissolution, et lui donner les soins réclamés par son enfance, pourvu qu'elle remplisse toutes les conditions requises pour exercer ce droit.

*Article 381.* — La mère ou tout autre *ḥāḍinah* chrétienne ou juive a le droit de garder aussi l'enfant jusqu'à ce qu'il soit capable de discernement en matière de religion, à moins que le père ou le tuteur ne craigne qu'elle n'inspire à l'enfant une autre foi que la foi musulmane.

*Article 382.* — Pour pouvoir exercer le droit de *ḥaḍānah*, la femme doit remplir les conditions suivantes:

- 
- (1) Mahr.  
(2) D'équivalence.

Être libre, majeure, saine d'esprit, digne de confiance, d'une conduite irréprochable et en état de veiller à la conservation et à l'éducation de l'enfant.

Elle ne doit pas être apostat, ni mariée à un époux qui ne soit pas un parent de l'enfant à un degré prohibé. Ces conditions doivent être remplies par toute femme *ḥāḍīnah*, qu'elle soit la mère de l'enfant ou une de ses parentes.

*Article 383.* — La femme *ḥāḍīnah*, mère ou parente de l'enfant, perd ses droits à sa garde, lorsqu'elle contracte ensuite un mariage avec un mari qui ne soit pas parent de l'enfant à un degré prohibé, que le mariage soit consommé ou non consommé.

Si la femme est déchue du droit de *ḥāḍānah*, ce droit passe à celle de ses parentes qui se trouve dans les conditions voulues.

Si elle n'en a pas, le père ou le tuteur de l'enfant sera admis à le réclamer.

Le droit déchu revit à la disparition de la cause qui l'a fait cesser.

*Article 384.* — Le droit de *ḥāḍānah* est acquis à la ligne maternelle plutôt qu'à la ligne paternelle.

Le degré le plus rapproché de la mère l'emporte sur le degré le plus éloigné.

Lorsqu'il y aura concours entre des parentes au même degré, la parenté utérine l'emportera sur la parenté consanguine.

Ainsi, si la mère à qui est confiée en premier lieu la garde de l'enfant vient à mourir ou à se remarier avec un mari étranger, ou si elle n'est pas capable d'exercer le droit de *ḥāḍānah*, ce droit passe à sa mère.

Si elle n'a pas de mère, ou si sa mère est incapable ou indigne d'exercer la *ḥāḍānah*, elle sera dévolue à l'aïeule paternelle de l'enfant, à défaut d'aïeule maternelle; viennent ensuite la sœur germaine, la sœur utérine et la sœur consanguine, la nièce germaine, la nièce utérine, la tante maternelle germaine, la tante du côté de la mère, la tante du côté du père, la nièce consanguine, les filles du frère, les tantes paternelles de l'enfant, les tantes maternelles de la mère, les tantes maternelles du père, les tantes paternelles de la mère et du père, suivant l'ordre établi.

*Article 387.* — Lorsque la femme à laquelle incombe le devoir de garder l'enfant, refuse de remplir ce devoir, elle y sera contrainte, si elle n'est pas mariée et s'il ne se trouve pas une autre parente de l'enfant capable de le garder, ou si la femme qui la suit en proximité, refuse de s'en charger.

*Article 388.* — Les frais de la *ḥaḍānah* sont différents des frais de l'allaitement et de ceux d'entretien, et tous sont à la charge du père, si l'enfant est sans ressources.

Si l'enfant a des ressources à lui, son père n'est obligé de lui fournir ni les frais de *ḥaḍānah* ni le salaire de son allaitement, ni la pension alimentaire, ni l'habillement, ni le logement.

*Article 389.* — Lorsque la mère est chargée du soin d'élever son enfant pendant le mariage ou la retraite d'une répudiation révocable, elle n'a pas le droit d'exiger un prix pour l'exercice de la *ḥaḍānah*.

Mais si la garde de l'enfant est confiée à sa mère dont le mariage est dissous irrévocablement, ou qui est mariée à un parent prohibé de l'enfant, ou en retraite imposée après la dissolution du second mariage, elle sera admise à réclamer un prix pour les soins qu'elle donne à l'enfant, quand même elle y serait obligée.

Si la femme, à laquelle la garde de l'enfant sans ressources est confiée, se trouve sans logement, le père est obligé de leur fournir un logement et un domestique, s'il est aisé et si l'enfant en a besoin.

*Article 390.* — Si la mère de l'enfant refuse de lui donner gratuitement les soins nécessaires de la *ḥaḍānah*, tandis que l'enfant et son père manquent de ressources, et qu'il n'y a aucun de ses parents prohibés qui veuille s'en charger gratuitement, la mère sera contrainte à le tenir sous sa garde et à veiller à son éducation, moyennant un salaire qu'elle se fera rembourser, quand la condition du père se sera améliorée.

Dans le cas où une parente prohibée de l'enfant lui offre des soins gratuits, la mère aura le droit de garder son enfant, à la charge par le père, s'il est riche, de lui payer un salaire.

Si le père est sans ressources, la mère aura le choix ou de garder l'enfant sans exiger de salaire ou de le laisser aux soins de celle qui s'offre gratuitement. Il en est de même, lorsque le père et l'enfant sont aisés.

Si la femme qui offre ses soins gratuits à l'enfant, lui est étrangère, la mère aura droit à garder son enfant moyennant un prix qu'elle recevra même de son fils.

*Article 391.* — Le droit de *ḥaḍānah* cesse pour le garçon à l'âge de sept ans accomplis.

Il cesse pour la fille, quand elle a neuf ans accomplis.

A cet âge, le père ou le tuteur testamentaire de l'enfant aura le droit de le réclamer et de le reprendre.

La *ḥāḍīnah* sera contrainte à le remettre en cas de refus.

De son côté, si la *ḥāḍīnah* veut remettre l'enfant à son père ou à son tuteur, il sera obligé de le reprendre.

## CHAPITRE V: DE LA PUISSANCE PATERNELLE (1)

*Article 420.* — Le père exerce la puissance paternelle sur la personne et les biens de ses enfants mineurs ou majeurs incapables, de l'un ou de l'autre sexe, quand bien même les enfants mineurs se trouveraient confiés à la garde (2) de la mère ou des parents de celle-ci. Le père a également autorité pour contraindre sesdits enfants au mariage.

*Article 421.* — La puissance paternelle subsiste dans toute sa plénitude sur la personne et les biens, malgré l'âge de puberté atteint par le mineur en état de démence ou de fureur. Elle cesse par la puberté, accompagnée de la jouissance des facultés intellectuelles. Néanmoins, elle renaît si l'enfant pubère perd par la suite ses facultés intellectuelles.

CHAPITRE II: DE L'INTERDICTION, DE L'ADOLESCENCE  
ET DE LA MAJORITÉ (1)

SECTION II: *De l'âge de raison, de l'adolescence  
et de la majorité*

*Article 494.* — L'âge de raison est fixé pour l'enfant de l'un ou de l'autre sexe à sept ans au moins; à cet âge la *ḥaḍānah* cesse pour l'enfant mâle et il est retiré à sa *ḥāḍinah*.

L'âge d'adolescence est fixé à douze ans pour l'enfant mâle.

La fille est adolescente à l'âge de neuf ans accomplis et la *ḥaḍānah* cesse pour elle à cet âge.

*Article 495.* — La puberté du garçon résulte des symptômes physiques qui caractérisent cet état.

Il en est de même pour la fille, en égard aux symptômes caractéristiques qui sont particuliers à son sexe.

A défaut de ces symptômes, l'un et l'autre sont réputés pubères à l'âge de quinze ans révolus.

*Article 496.* — L'âge de puberté pour l'enfant de l'un ou de l'autre sexe fait cesser la tutelle.

L'un et l'autre peuvent, à cet âge, disposer de leur personne. Ils ne peuvent être contraints au mariage, à moins qu'ils ne soient en état de démence ou de fureur. Toutefois, la tutelle ne cesse pas, quant aux biens, par l'âge de puberté. Elle cesse par la majorité résultant de l'aptitude à la bonne administration.

*Article 497.* — Le mineur de l'un ou de l'autre sexe ne peut, avant l'âge de puberté, opter entre son père et sa mère divorcés.

## 2. Motu Proprio « Crebrae Allatae » du 22 février 1949

*sur la discipline du mariage dans l'Église Orientale (\*)*

Nombreuses nous ont été adressées, particulièrement au cours de ces dernières années, de la part tant de Nos Légats que des Évêques de l'Église Orientale, les suppliques qui Nous priaient, alors que l'achèvement de la codification du Droit de l'Église Orientale n'est pas très éloigné, de vouloir bien en réponse à leurs prières instantes, publier sans retard au moins certains chapitres plus importants de ces lois; Nous apporterions ainsi un secours plus efficace aux difficultés graves et pleines de danger où se débat plus d'une partie du troupeau du Christ de rite oriental.

Après avoir tout attentivement considéré et pesé dans le Seigneur de Notre propre mouvement, de science certaine et de la plénitude du pouvoir apostolique, nous avons résolu et décidé de promulguer dès maintenant les canons qui concernent la discipline du mariage.

Dès le début des premières études pour la rédaction du Code, le Cardinal Pierre Gasparri, président de la Commission chargée de préparer le Code de l'Église Orientale, considérant le nombre et la fréquence des rapports que la facilité des communications établit à notre époque entre tous les peuples et toutes les nations de la terre, par sa lettre du 15 septembre 1930, demandait aux évêques de l'Église Orientale s'ils n'estimaient pas qu'il conviendrait, en réponse aux vœux adressés de tant de lieux au Siège Apostolique, d'unifier dans la mesure du possible la discipline ecclésiastique en ce qui concerne les empêchements et la forme du mariage. Sa demande se basait sur le fait que ces facilités de voyage rendaient plus fréquentes les unions entre personnes de Rites différents, non moins que le désir de supprimer radicalement les incertitudes sur la validité qui nuisent à la sainteté du mariage.

---

(\*) Cf. texte et commentaire dans l'ouvrage de François Galtier, s. J., *Le Mariage, discipline orientale et discipline occidentale; la réforme du 2 mai 1949*. Beyrouth 1950.



La Commission chargée de la rédaction du Code de l'Église Orientale, après avoir mûrement considéré les réponses des Pasteurs qui presque tous donnèrent leur assentiment, présenta ces canons, au Souverain Pontife, notre prédécesseur d'heureuse mémoire, puis à Nous-même pour que Nous les approuvions de Notre autorité apostolique.

Par ces lettres apostoliques données de notre propre mouvement, nous promulguons ces canons et leur donnons force de loi pour les chrétiens de l'Église Orientale, en quelque lieu de la terre qu'ils se trouvent, et quand bien même ils seraient soumis à un Prélat de rite différent. Au moment même où ils entreraient en vigueur perdront par le fait même toute valeur, tout statut général, particulier ou spécial même porté par des Synodes approuvés en forme spécifique, toute prescription et coutume encore en vigueur, qu'elle soit générale ou particulière, de telle sorte que la discipline du Sacrement de mariage soit régie uniquement par ces mêmes canons, et qu'aucun droit particulier qui leur soit contraire, ne garde de force que quand et dans la mesure où ceux-ci l'admettent.

Pour que la connaissance de Notre volonté parvienne à temps à tous ceux que cela concerne, Nous voulons et établissons que ces lettres *Motu Proprio* commencent à avoir exécution en la fête de S. Athanase, Évêque et Docteur, le 2 mai 1949.

Nonobstant quoi que ce soit qui y serait contraire, dût-il en être fait mention très spéciale.

Donné à Rome, près S. Pierre, le 22 février, en la fête de la Chaire de St. Pierre à Antioche, de l'an 1949, de notre Pontificat, le dixième.

PIE XII, Pape

## B. TEXTES COMMUNAUTAIRES

### A) COMMUNAUTÉS CATHOLIQUES

#### 1. Loi sur le statut personnel des communautés catholiques (\*).

##### CHAPITRE I<sup>er</sup> : DISPOSITIONS GÉNÉRALES RELATIVES

##### AU DOMAINE DE LA PRÉSENTE LOI ET A SON INTERPRÉTATION

*Article 1.* — La présente loi s'applique aux communautés chrétiennes catholiques suivantes: maronite, grecque-catholique melkite, arménienne-catholique, syriaque-catholique, latine et chaldéenne.

*Article 17.* — a) Sont considérés comme pubères le garçon mineur qui a 14 ans révolus et la fille qui a 12 ans révolus.

b) Le mineur n'ayant pas 7 ans révolus est appelé *infans* et est considéré comme dépourvu de discernement et irresponsable. Passé cet âge, il est considéré comme doué de discernement et devient responsable de ses actes, mais il est excusable dans la mesure où il est proche de l'enfance et est exempté des peines que les actes comportent par eux-mêmes.

##### CHAPITRE VI: DE LA PUISSANCE PATERNELLE ET DE LA GARDE DES ENFANTS JUSQU'À LEUR MAJORITÉ

*Article 119.* — La puissance paternelle comprend l'ensemble des droits et obligations des père et mère à l'égard de leurs enfants légitimes et adoptifs relativement à leur personne et à leurs biens, jusqu'à leur majorité.

*Article 120.* — L'enfant qui, au moment de la majorité, est aliéné ou simple d'esprit, demeure sous la puissance paternelle quant à sa personne et à ses biens. Si le majeur sain d'esprit devient par la suite idiot ou fou, la puissance paternelle s'exerce à nouveau sur lui en vertu d'un jugement du tribunal.

*Article 121.* — Le mineur est émancipé dès qu'il se marie. Mais le tribunal pourra, s'il estime qu'il a un mauvais jugement et qu'il est mauvais gérant, restreindre sa liberté et le replacer sous la puissance paternelle quant aux obligations et contrats.

*Article 122.* — Les principaux droits et obligations de la puissance paternelle sont:

1. L'obligation d'allaiter les enfants;
2. L'obligation de secours et de garde et le droit de les réclamer, de les reprendre à toute autre personne et de les obliger à rester au foyer paternel;
3. L'obligation de donner aux enfants une éducation religieuse, morale, physique et sociale conformes à leur condition;
4. Le droit de les corriger et même, en cas de nécessité, de les punir mais avec douceur et sans leur nuire;
5. Le droit de consentir ou de ne pas consentir au choix de leur mode de vie (le mariage, les ordres ou la vie religieuse, etc.) et de leur choisir la profession convenant à leur intérêt, sans contrainte.

6. Le droit d'utiliser leurs services dans l'intérêt de la famille;
7. Le droit d'administrer les biens et propriétés des enfants, d'en jouir et de les utiliser dans l'intérêt de la famille, exception faite des biens et propriétés donnés aux enfants dans un but défini ou dans des conditions incompatibles avec le droit en question, tels que les biens donnés en vue de leur choix d'une profession déterminée ou pour qu'à leur majorité ces biens leur soient restitués avec les intérêts et les fruits mais dans tous les cas, la personne investie de la puissance paternelle doit conserver les biens du mineur et payer toutes les dettes, taxes et intérêts y afférents.
8. L'obligation de les représenter dans les contrats et auprès des tribunaux suivant les dispositions des articles 163 du code de procédure ecclésiastique, et 1648 du code canonique occidental;
9. Le droit de leur désigner un *waşi*.

*Article 123.* — L'obligation d'allaiter les enfants incombe à la mère, les autres droits et obligations relatifs à la puissance paternelle appartiennent, en principe, au père. Toutefois, lorsque le père en est déchu, ces droits et obligations passent à la mère lorsqu'elle est apte à en supporter la charge, et que le tribunal s'est assuré de cette aptitude, et a rendu, à cet effet, une décision de transfert de la puissance paternelle.

*Article 124.* — La durée de l'allaitement est de deux ans.

*Article 134.* — Les droits relatifs à la puissance paternelle et appartenant au père, appartiennent aussi à la mère lorsque la puissance lui est transférée, et les causes de déchéance ou de privation de l'exercice de ces droits atteignent la mère de la même façon que le père.

### 3. Le code canonique latin

*Canons intégrés dans le projet de loi sur le mariage  
dans la communauté latine*

#### TITRE VII : LE MARIAGE

**Canon 1132.**

La séparation faite, les enfants devront être éduqués par le conjoint innocent, ou, si l'autre est acatholique, par le conjoint coupable; sauf si dans les deux cas l'ordinaire en décide autrement pour le bien des enfants, en tenant toujours compte de l'éducation catholique à leur assurer.

*B) LOI SUR LE STATUT PERSONNEL  
DE LA COMMUNAUTÉ GRECQUE-ORTHOXOXE (\*)*

- Article 1.* — Les tribunaux ecclésiastiques statuent conformément aux dispositions de la présente loi.
- Article 2.* — Le Patriarcat grec-orthodoxe d'Antioche et de tout l'Orient s'étendant sur plusieurs pays, les tribunaux communautaires doivent prendre en considération la nationalité des justiciables aussi bien que les dispositions d'ordre public de chaque pays, y compris la compétence des tribunaux du lieu.
- Article 3.* — Est considérée comme orthodoxe toute personne née d'un père orthodoxe, ou convertie à l'Orthodoxie en accomplissant les devoirs civils et religieux corrélatifs.
- Article 33.* — Durant la vie conjugale, le père passe avant la mère dans la garde des enfants à moins que le tribunal ait constaté l'indignité du père à accomplir une telle tâche ou le besoin par l'enfant des soins de sa mère.
- Article 34.* — En cas de dissolution du lien conjugal, préférence est donnée à la partie innocente pour la garde des enfants, à moins qu'elle ne contracte un second mariage.
- Article 64.* — Les enfants, du fait de l'autorité paternelle, résident chez leur père qui doit les élever et les instruire, sauf dans les trois cas exceptionnels suivants, où ils sont confiés à leur mère par décision du tribunal:
- Tant que l'enfant a besoin des soins de sa mère, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il atteigne 7 ans si c'est un garçon, 9 ans si c'est une fille;
  - En cas de divorce imputable au père;
  - Lorsque, pour des motifs légitimes, le père est jugé inapte à en assurer l'éducation.

*Article 94.* — La puissance paternelle comprend l'ensemble des prérogatives que le père a sur ses enfants légitimes ou adoptifs jusqu'à leur majorité. Ces prérogatives consistent à :

- Entretenir et éduquer ses enfants selon les normes religieuses et sociales;
  
- Les redresser et les corriger dans la mesure permise par les lois civiles, l'usage, les coutumes et les principes de justice et d'équité;
- Les faire travailler dans l'intérêt de la famille;
- Leur désigner un *wasi*;
- Gérer leurs biens et en jouir jusqu'à leur majorité.

C) LOI SUR LE STATUT PERSONNEL  
DE LA COMMUNAUTÉ ARMÉNIENNE ORTHODOXE (\*)

*Article 74.* — Les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps. Cependant le tribunal d'instance peut, compte tenu de la situation des deux parties, et de l'intérêt des enfants, ordonner que les enfants ou quelques-uns d'entre eux soient confiés au conjoint coupable.

*Article 77.* — Les droits et obligations des père et mère à l'égard de leurs enfants ainsi que les droits et obligations des enfants envers leurs père et mère restent les mêmes que pendant le mariage, sauf déchéance éventuellement prononcée par le tribunal en application des dispositions de la présente loi.

*Article 78.* — La partie qui n'a pas obtenu la garde des enfants est tenue de contribuer selon ses moyens aux frais de leur éducation et de leur entretien. Parallèlement, cette partie conserve le droit d'avoir, dans les limites raisonnables, des rapports personnels avec ses enfants; le tribunal peut prendre des mesures à ce sujet.

*Article 128.* — L'obligation d'allaiter les enfants incombe à la mère depuis la naissance de l'enfant jusqu'à l'âge de deux ans. Cette obligation n'est point altérée par le divorce ou la séparation de corps.

*Article 151.* — Durant le mariage, cette autorité appartient également au père et à la mère. En cas de divergence, c'est l'opinion du père qui prévaut. Au cas de décès de l'un des époux, la puissance paternelle est dévolue au conjoint survivant, et, en cas de séparation ou de divorce, à l'époux qui a la garde des enfants.

*Article 152.* — Les père et mère attribuent à l'enfant un prénom et ont l'obligation de l'élever et de l'éduquer.

*Article 153.* — Dans les limites de la puissance paternelle, les père et mère sont les représentants légaux de leurs enfants; ils agissent en tant que tels sans autorisation du tribunal.

# DÉCLARATION DES DROITS DE L'ENFANT (1959)

## PRÉAMBULE

Considérant que, dans la Charte, les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Considérant que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation,

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

Considérant que la nécessité de cette protection spéciale a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que dans les statuts des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se consacrent au bien-être de l'enfance,

Considérant que l'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même

L'Assemblée générale

Proclame la présente Déclaration des droits de l'enfant afin qu'il ait une enfance heureuse et bénéficie, dans son intérêt comme dans l'intérêt de la société, des droits et libertés qui y sont énoncés ; elle invite les parents, les hommes et les femmes à titre individuel, ainsi que les organisations bénévoles, les autorités locales et les gouvernements nationaux à reconnaître ces droits et à s'efforcer d'en assurer le respect au moyen des mesures législatives et autres adoptées progressivement en application des principes suivants :

### Principe premier

L'enfant doit jouir de tous les droits énoncés dans la présente Déclaration. Ces droits doivent être reconnus à tous les enfants sans exception aucune, et sans distinction ou discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou sur toute autre situation, que celle-ci s'applique à l'enfant lui-même ou à sa famille.

### Principe 2

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

### Principe 3

L'enfant a droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité.



#### Principe 4

L'enfant doit bénéficier de la sécurité sociale. Il doit pouvoir grandir et se développer d'une façon saine ; à cette fin, une aide et une protection spéciales doivent lui être assurées ainsi qu'à sa mère, notamment des soins prénatals et postnatals adéquats. L'enfant a droit à une alimentation, à un logement, à des loisirs et à des soins médicaux adéquats.

#### Principe 5

L'enfant physiquement, mentalement ou socialement désavantagé doit recevoir le traitement, l'éducation et les soins spéciaux que nécessite son état ou sa situation.

#### Principe 6

L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. La société et les pouvoirs publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants. Il est souhaitable que soient accordées aux familles nombreuses des allocations de l'État ou autres pour l'entretien des enfants.

#### Principe 7

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

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

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

#### Principe 8

L'enfant doit, en toutes circonstances, être parmi les premiers à recevoir protection et secours.

#### Principe 9

L'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation. Il ne doit pas être soumis à la traite, sous quelque forme que ce soit.

L'enfant ne doit pas être admis à l'emploi avant d'avoir un âge minimum approprié ; il ne doit en aucun cas être astreint ou autorisé à prendre une occupation ou un emploi qui nuise à sa santé ou à son éducation, ou qui entrave son développement physique, mental ou moral.

#### Principe 10

L'enfant doit être protégé contre les pratiques qui peuvent pousser à la discrimination raciale, à la discrimination religieuse ou à toute autre forme de discrimination. Il doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, et dans le sentiment qu'il lui appartient de consacrer son énergie et ses talents au service de ses semblables.

# CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT (1989)

## PRÉAMBULE

Les États parties à la présente Convention,

*Considérant* que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

*Ayant présent à l'esprit* le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils ont résolu de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande;

*Reconnaissant* que les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de tout autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation;

*Rappelant* que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales;

*Convaincus* que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier de ses enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté;

*Reconnaissant* que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension;

*Considérant* qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité;

*Ayant présent à l'esprit* que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments des institutions spécialisées et des

organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant;

*Ayant présent à l'esprit* que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, «l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance»;

*Rappelant* les dispositions de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, de l'ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) et de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé;

*Reconnaissant* qu'il y a dans tous les pays du monde des enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficiles, et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière;

*Tenant dûment compte* de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant;

*Reconnaissant* l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des enfants dans tous les pays, et en particulier dans les pays en voie de développement, sont convenus ce qui suit:

## PREMIÈRE PARTIE

### Article 1<sup>er</sup>

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

### Article 2

1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivée par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

### Article 3

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

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

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

### Article 4

Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits qui sont reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale.

### Article 5

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

### Article 6

1. Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.

2. Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.

### Article 7

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

### Article 8

1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom, et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.

2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent leur accorder une assistance et une protection appropriée, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

### Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telle que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, qu'elle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même des conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

### Article 10

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

2. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts réguliers avec ses deux parents.

À cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 9, les États respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions imposées par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente convention.

### Article 11

1. Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retour illicites d'enfants à l'étranger.

2. À cette fin, les États parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

### Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

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

### Article 13

1. L'enfant a le droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir, de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires:

- a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui, ou
- b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

### Article 14

1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sécurité publique, l'ordre

public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

### Article 15

1. Les États parties reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

### Article 16

1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

### Article 17

Les États parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. À cette fin, les États parties:

- a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'article 29;
- b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales;
- c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants;
- d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à des groupes minoritaires;
- e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.

### Article 18

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

2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties

accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

3. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises.

### Article 19

1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalité physique ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection comprendront, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendront également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

### Article 20

1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui, dans son propre intérêt, ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et à une aide spéciales de l'État.

2. Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.

3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la Kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

### Article 21

Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et:

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le

cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;

b) Reconnaissant que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé;

c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale;

d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables;

e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

### Article 22

1. Les États parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute personne, bénéficie de la protection ou de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits États sont parties.

2. À cette fin, les États parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de sa famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

### Article 23

1. Les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.

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

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

4. Dans un esprit de coopération internationale, les États parties favorisent l'échange d'information pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux États parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

#### **Article 24**

1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les États parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour:

- a) Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants;
- b) assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaire;
- c) Lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre des soins de santé primaire, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel;
- d) Assurer aux mères des soins prénataux et postnataux appropriés;
- e) Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents,

et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information;

f) Développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale.

3. Les États parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.

4. Les États parties s'engagent à favoriser et à encourager la coopération internationale en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit reconnu à cet article. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en voie de développement.

#### **Article 25**

Les États parties reconnaissent à l'enfant qui a été placé par les autorités compétentes pour recevoir les soins, une protection ou un traitement physique ou mental, le droit à un examen périodique dudit traitement et de toute autre circonstance relative à son placement.

#### **Article 26**

1. Les États parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale.

2. Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom.

#### **Article 27**

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

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

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

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

internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tout autre arrangement approprié.

### Article 28

1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

- a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous;
- b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin;
- c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés;
- d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles;
- e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les États parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. À cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en voie de développement.

### Article 29

1. Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

- a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;
- b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies;
- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;
- d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes, ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtones;

e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites.

### Article 30

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à l'une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

### Article 31

1. Les États parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge, et de participer librement à la vie culturelle et artistique.

2. Les États parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique, et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité.

### Article 32

1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à la santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social.

2. Les États parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article. À cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les États parties, en particulier :

- a) Fixent un âge minimum ou des âges minimums d'admission à l'emploi;
- b) Prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi;
- c) Prévoient des peines ou autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article.

### Article 33

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives, pour protéger les enfants contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes, et pour empêcher que des enfants ne soient utilisés pour la production et le trafic illicites de ces substances.

### Article 34

Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

- a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale;
- b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales;
- c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

### Article 35

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fins que ce soit et sous quelque forme que ce soit.

### Article 36

Les États parties protègent l'enfant contre toute autre forme d'exploitation préjudiciable à tout aspect de son bien-être.

### Article 37

Les États parties veillent à ce que :

- a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes de moins de dix-huit ans;
- b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible;
- c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles;
- d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

### Article 38

1. Les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants.

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

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

4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins.

### Article 39

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

### Article 40

1. Les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

2. À cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les États parties veillent en particulier :

- a) À ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises;
- b) À ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :
  - i) Être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie;
  - ii) Être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense;



iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétente, indépendante et impartiale, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant notamment en raison de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou de ses représentants légaux;

iv) Ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable; interroger ou faire interroger les témoins à charge, et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité;

v) S'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétente, indépendante et impartiale, conformément à la loi;

vi) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée;

vii) Que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.

3. Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :

a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale;

b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'homme et les garanties légales doivent être pleinement respectées.

4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.

### Article 41

Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer :

a) dans la législation d'un État partie; ou

b) dans le droit international en vigueur pour cet État.

## DEUXIÈME PARTIE

### Article 42

Les États parties s'engagent à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants.

### Article 43

1. Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.

2. Le Comité se compose de dix experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. Ses membres sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques.

3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les États parties. Chaque État partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.

4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au mois avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le Secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les États parties qui les ont désignés, et la communiquera aux États parties à la présente Convention.

5. Les élections ont lieu lors des réunions des États parties, convoquées par le Secrétaire général au siège de l'Organisation des Nations Unies. À ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des États parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des représentants des États parties et votants.

6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection.

7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'État partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.

8. Le Comité adopte son règlement intérieur.

9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans.

10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, pour une réunion des États parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale.

11. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention.

12. Les membres du Comité institué en vertu de la présente Convention reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions et selon les modalités fixées par l'Assemblée générale.

### Article 44

1. Les États parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits :

- a) Dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les États parties intéressés;
- b) Par la suite, tous les cinq ans.

2. Les rapports établis en application du présent article doivent, le cas échéant, indiquer les facteurs et les difficultés empêchant les États parties de s'acquitter pleinement des obligations prévues dans la présente Convention. Ils doivent également contenir des renseignements suffisants pour donner au Comité une idée précise de l'application de la Convention dans le pays considéré.

3. Les États parties ayant présenté au Comité un rapport initial complet n'ont pas, dans les rapports qu'ils lui présentent ensuite conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article, à répéter les renseignements de base antérieurement communiqués.

4. Le Comité peut demander aux États parties tout renseignement complémentaire relatif à l'application de la Convention.

5. Le Comité soumet tous les deux ans aux États parties tout renseignement complémentaire relatif à l'application de la Convention.

6. Le Comité soumet tous les deux ans à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités.

7. Les États parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays.

### Article 45

Pour promouvoir l'application effective de la Convention et pour encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la Convention :

- a) Les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes de Nations Unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des

dispositions de la présente Convention qui relèvent de leur mandat. Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tout autre organisme compétent qu'il jugera approprié à donner des avis spécialisés sur l'application de la Convention dans les domaines qui relèvent de leur mandat respectif. Il peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies à lui présenter des rapports sur l'application de la Convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité;

b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents tout rapport des États parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication;

c) Le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant;

d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et recommandation d'ordre général sont transmises à tout État partie intéressé et portées à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des États parties.

## TROISIÈME PARTIE

### Article 46

La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.

### Article 47

La présente Convention est sujette à ratification. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

### Article 48

La présente Convention restera ouverte à l'adhésion de tout État. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

### Article 49

1. La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la