



HAL
open science

**La réinterprétation en droit interne des
conventions internationales sur les droits de l'homme. Le
cas de l'intégration de la Convention des droits de
l'enfant dans les droits nationaux en Amérique latine.**

Philippe de Dinechin

► **To cite this version:**

Philippe de Dinechin. La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l'homme. Le cas de l'intégration de la Convention des droits de l'enfant dans les droits nationaux en Amérique latine.. Droit. Université de la Sorbonne nouvelle - Paris III, 2006. Français. NNT : . tel-00089974

HAL Id: tel-00089974

<https://theses.hal.science/tel-00089974v1>

Submitted on 25 Aug 2006

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de Paris 3

Institut des Hautes Etudes de l'Amérique latine

La réinterprétation en droit interne des conventions
internationales sur les droits de l'homme.

Le cas de l'intégration de la Convention des droits de l'enfant
dans les droits nationaux en Amérique latine.

Philippe de Dinechin

Discipline : Droit public

Pour l'obtention du grade de docteur de l'université de Paris III

Sous la direction de Jean Michel BLANQUER

Membres du Jury :

Francoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Professeur à l'Université de Lille

Aurélia DEVOS, Magistrat, Tribunal de Béthune

Jean Charles FROMENT, Professeur à l'Université de Grenoble

Vincent TCHEN, Professeur à l'Université de Versailles-Saint Quentin

Date de soutenance : 10 mai 2006

AVANT-PROPOS

« Dans mon quartier, à Tucuman (Argentine), un enfant de dix ans a été expulsé de l'école parce qu'il s'était drogué, un autre de douze ans a été tué d'une balle dans la tête par un voisin parce qu'il l'avait volé. La police, chaque week-end, fait des descentes dans nos maisons. Les habitants du quartier sont presque tous armés. Nous avons peur de nos enfants. Alors de quels droits me parles-tu ? »¹ Ces paroles sont celles de Mirta qui lutte depuis quinze ans au sein de l'association « Crecer Juntos » pour trouver de quoi nourrir les enfants des quartiers pauvres de Tucuman. Quinze années, c'est le temps qu'il a fallu aux députés argentins pour voter, le 28 septembre 2005, une nouvelle loi dite de « protection intégrale des garçons, des filles et des adolescents », inspirée des principes de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), mettant fin à la législation tutélaire de 1919.

Les enfants de San Miguel de Tucuman peuvent-ils espérer de cette législation novatrice un changement radical dans leur vie quotidienne ? Sans doute non. La loi ne suffit pas. De quel droit leur parle-t-on lorsque l'on fait référence à la Convention ?

Quel pays peut, aujourd'hui, garantir que ses enfants soient élevés dans « un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité » pour reprendre les termes des Nations Unies ? Quel juriste peut assurer que les multiples outils de protection des droits de l'enfant protègent réellement les enfants ? Que pense un enfant, si au lieu de le soigner, on se contente de lui dire qu'il a droit à la santé ?

Après quinze années d'activisme auprès d'enfants latino-américains, et devant l'ampleur d'une tâche dont les solutions ne sont que des hypothèses, j'ai pu élaborer ces quelques questions. D'elles est née cette thèse. Elle prétend apporter des pistes de réflexion à ceux qui luttent pour l'effectivité des droits de l'enfant.

¹ Leonor, 30 ans, mère de trois enfants, propos recueillis par l'auteur dans le quartier Villa Muñeca de San Miguel de Tucuman, Argentine, le 14 octobre 2005.

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur Jean Michel Blanquer qui a accepté de diriger ce travail, Christophe Graizon et Simon Ndiaye qui ont eu la gentillesse de le relire et Blandine Ponrouch qui m'a incité à aller au bout de cette démarche.

Cette thèse est dédiée à ma femme Monica, et à tous les enfants dont l'enfance a été volée.

Pour Emanuel, Sébastien, Paloma et Lucas, mes enfants, qu'ils soient, chacun dans son domaine, des artisans de paix.

Enfin, une pensée amicale pour les travailleurs sociaux latino-américains dont les idées, les rêves et les déceptions ont inspiré ce travail.

RESUME

La Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) a été adoptée par les Nations Unies le 20 novembre 1989. Elle a provoqué en Amérique latine un bouleversement du droit en la matière. Intégrée dans les législations internes, la CIDE, en dix années, est devenue le point de référence du droit de l'enfance dans le continent. Un groupe de juristes latino-américains l'a réinterprétée en faisant du texte international un levier pour la consolidation de la démocratie. La doctrine de la protection intégrale élaborée par ces experts, développe les nouveaux principes du droit de l'enfance fondés sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Leur travail a été consacré par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (CDE) et par la plupart des législations nationales. Fondée sur le concept d'un droit utopique, la proposition théorique des doctrinaires latino-américains ne résout pas la question de l'effectivité de la CIDE dans des pays où la condition des enfants est souvent dramatique. Le décalage entre l'abondance de droits subjectifs et la situation réelle des enfants montre les limites d'un droit qui n'en finit pas de se déployer. Élément nouveau d'un pluralisme juridique désordonné, la réinterprétation de la CIDE en Amérique latine témoigne de la démocratisation du continent et de la métamorphose de l'Etat de droit.

SUMMARY

The United Nations adopted the International Convention on the Rights of the Child (ICRC) on November 20th 1989. In Latin America, it has caused an upheaval in that area of law. The ICRC has been incorporated in national legislations and has become, in ten years, the benchmark for the area of child's rights and related-law on the continent. A group of Latin-American lawyers has introduced a new interpretation of the ICRC that leverages this international legal instrument to strengthen democracy. The "doctrine of integral protection", elaborated by these experts, advances new principles of the Rights of the Child based on the best interest of the child. Their work has been endorsed by the Inter-American Court of Human Rights, by the Committee on the Rights of the Child of the United Nations and by most national legislations of the continent. However, based on concepts of utopian law, the theoretical proposition advanced by these Latin-American legal writers does not render effective the ICRC in countries where the condition of children is often appalling. The gap between the large number of subjective rights and the actual situation of children demonstrates the limitations of this ever-growing body of law. As a new element of a legal pluralism, this new interpretation of the ICRC in Latin America is evidence of the democratisation of the continent and of the metamorphosis of the rule of law.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	11
PREMIERE PARTIE LA CONSTRUCTION D'UN CORPUS JURIS SPECIFIQUE	33
TITRE 1. - LA CONDITION JURIDIQUE DE L'ENFANT EN AMERIQUE LATINE JUSQU'A L'APPROBATION DE LA CIDE	34
<i>Sous-titre 1. - L'enfant comme objet de droit.....</i>	35
<i>Sous-titre 2. - L'enfant comme sujet de droit</i>	69
TITRE 2. - L'INTEGRATION DES DROITS DE L'ENFANT DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES LATINO-AMERICAINS.....	113
<i>Sous-titre 1. - Une intégration de nature juridique.....</i>	114
<i>Sous-titre 2. - Une intégration de nature politique</i>	159
TITRE 3. - NAISSANCE D'UN CORPUS JURIS DE L'ENFANT	189
<i>Sous-titre 1. - Un nouveau cadre juridique</i>	191
<i>Sous-titre 2. - Une consécration interaméricaine</i>	217
DEUXIEME PARTIE LA MISE EN ŒUVRE D'UN NOUVEL INSTRUMENT JURIDIQUE.....	243
TITRE 1. - LE DROIT A L'EPREUVE DES FAITS.....	244
<i>Sous-titre 1. - Le paradoxe stupéfiant</i>	245
<i>Sous-titre 2. - Le paradoxe irréconciliable</i>	277
TITRE 2. - LES DROITS DE L'ENFANT A L'EPREUVE DES CRITIQUES THEORIQUES.....	313
<i>Sous-titre 1. - Les critiques du droit.....</i>	314
<i>Sous-titre 2. - Les critiques multidisciplinaires.....</i>	343
TITRE 3. - UN DROIT A L'EPREUVE DE L'IMPERATIF DE LA COHERENCE DE L'ETAT DE DROIT.....	383
<i>Sous-titre 1. - La CIDE et l'Etat de droit</i>	384
<i>Sous-titre 2. - La CIDE et la société de droits</i>	415
CONCLUSION GENERALE	455
BIBLIOGRAPHIE	461
TABLE DES MATIERES.....	481
ANNEXES	491

INTRODUCTION

En Amérique latine, dénonce l'UNICEF², il est difficile pour les populations démunies d'accéder à une éducation de qualité. Les taux d'abandons et de redoublement sont élevés. Au Chili, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (CDE) s'alarme devant l'expulsion d'établissements scolaires de jeunes filles enceintes³. Au Mexique, en 2005, un enfant de six ans a été expulsé de son école, car il était porteur du virus du sida⁴. Au Brésil, l'ONG catalane Intermon-Oxfam signale qu'un million trois cent mille enfants n'ont jamais mis les pieds dans une école⁵. La liste des manquements notoires en matière d'éducation est longue.

Fatalité d'un continent qui n'a pas les moyens d'éduquer ses enfants ? Non, aujourd'hui ces manquements violent le droit fondamental de chaque enfant à l'éducation. « Les Etats parties, stipule l'article 28 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation ». L'année 1989 marque un espoir pour les enfants du monde. Leurs carences et leurs besoins deviennent des droits reconnus par les Etats qui s'engagent à « prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre les droits reconnus dans la présente Convention⁶ ».

La CIDE a été approuvée par acclamation le 20 novembre 1989. Elle a rencontré un succès fulgurant et unique auprès des Etats membres des Nations Unies quant à son approbation.

² UNICEF, *La situation des enfants dans le monde*, UNICEF, New York, 1999, p. 15.

³ UNICEF, *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina (1993-2004)*, UNICEF, OHCHR, Santiago, p. 130, paragraphe 45.

⁴ Communiqué de presse, Agencia de Noticias sobre Diversidad Sexual, septembre 2005. (en ligne) <http://anodis.com/nota/5657.asp>.

⁵ Site Internet de la Fondation Intermon, (en ligne) <http://www.intermonoxfam.org>

⁶ Article 4 de la CIDE.

Seuls deux Etats ne l'ont pas encore ratifiée⁷. La question de son application reste controversée. En Amérique latine, la refonte des droits nationaux concernant les mineurs, l'adoption de mesures de protection spécifiques, la création d'institutions spécialisées n'ont pas suffi pour faire de la Convention un bouclier efficace pour empêcher un grand nombre d'enfants de mourir de maladies curables, de travailler dans des conditions inhumaines ou de se faire enrôler dans l'armée ou les guérillas... La Convention de New York définit des droits qui ne sont, pour certains d'entre eux, pas ou que peu respectés. Par la force du texte onusien, dès sa naissance, un enfant a le droit à la vie, à la santé, à l'éducation, à sa famille. Il a le droit d'être protégé contre toutes formes de discriminations, contre toutes formes de maltraitances, contre l'exploitation dans le travail, contre la guerre. L'enfant a droit à une identité culturelle et religieuse. Il a le droit à une expression individuelle et collective. Sa responsabilité pénale est encadrée de garanties⁸. Ces nouveaux droits ont deux originalités principales : certains d'entre eux peuvent être exercés à l'initiative des enfants. Ils sont tous exigibles aux Etats signataires. Il y a dans la Convention une grande diversité de droits et nous pouvons dire avec Mireille Delmas-Marty⁹, un certain désordre.

1 Avènement des droits de l'enfant

La CIDE est un instrument juridique novateur, car il marque une rupture franche avec la conception juridique traditionnelle de l'enfant. C'est aussi un instrument traditionnel qui s'inscrit dans la logique des conventions internationales sur les droits de l'homme. Pour les partisans du droit naturel, les droits de l'homme ont une vocation à l'universalité. Ils seraient ontologiques, consubstantiels à l'homme lui-même, charge au législateur de les traduire dans

⁷ Les Etats-Unis ont signé la CIDE le 16 février 1995 et la Somalie le 9 mai 2002. Aucun des deux pays ne l'a ratifiée.

⁸ Le thème de la responsabilité pénale des mineurs est souvent isolé du débat plus général sur les droits de l'enfant. Il est étudié comme une question à part en raison du public auquel il s'adresse c'est-à-dire du mineur en marge avec la loi. Nous ne l'avons pas fait dans cette étude afin d'appréhender les droits de l'enfant comme un tout. L'esprit de la CIDE est bien de protéger les enfants, tous les enfants, même ceux en conflit avec la loi.

⁹ M. Delmas-Marty, « Droits de l'homme et systèmes de droit », *Le Débat*, n° 83, janvier-février 1995, p. 167 à 172. Pour l'auteur, le désordre des droits de l'homme supposerait une nouvelle logique juridique. Nous passerions du désordre à une recomposition du champ juridique. L'analyse classique met en évidence trois générations de droits. D'abord les droits civils et politiques, puis les droits économiques, sociaux et culturels et enfin les droits dits de solidarité (droit à l'environnement, à la paix...). Nous insisterons dans notre analyse sur les droits économiques, sociaux et culturels des enfants, tels que le droit à la santé ou le droit à l'éducation.

le droit positif. La préexistence supposée des droits de l'homme à leur expression dans un système juridique est un des fondements des grandes Déclarations française et américaine.

Notre objet est de décrire la manière dont la CIDE a été réinterprétée en Amérique latine par un groupe de juristes influents et engagés pour la cause des enfants. Leur effort doctrinal a connu un grand succès de diffusion et a largement contribué à orienter la refonte des droits nationaux. Leur démarche ne s'intéresse pas aux fondements des droits de l'homme. Elle se limite aux droits de l'enfant positifs, établis, les droits reconnus par des instruments juridiques, les droits dont la violation peut être sanctionnée ou dénoncée. Elle se limite à l'observation des droits de l'enfant, définis par la CIDE et par les instruments juridiques internationaux qui ont suivi. La question qui se pose est de savoir si la nouvelle donne juridique protège davantage les enfants latino-américains. C'est l'axe de notre travail : confronter la réinterprétation de la CIDE en Amérique latine à l'effectivité des droits qu'elle contient.

Les juristes latino-américains considèrent les droits de l'enfant à partir du moment où ils sont intégrés à une norme juridique. Il sera donc, dans leur esprit, juridiquement incorrect de parler de droits de l'enfant avant leur reconnaissance dans le droit positif même si, logiquement, le terme apparaît avant sa consécration dans le droit écrit. Utiliser l'expression « droits de l'enfant » avant leur reconnaissance officielle serait, pour eux, se tromper sur le droit et sur les enfants. Sur le droit, car on ne peut lui prêter un sujet auquel il ne s'intéresse pas et sur les enfants parce que ce mot revêt des significations différentes selon la société et la période étudiée.

Grâce aux travaux de l'anthropologie juridique, nous essaierons de situer le droit des enfants dans leur environnement historique et juridique dans le sens exprimé par Michel Alliot : « Nulle institution n'a de sens que par rapport à l'univers dans lequel on l'observe¹⁰ ». En effet, la condition de l'enfant et surtout la vision de l'enfance émanant d'une société donnée diffèrent selon la période observée et selon les outils utilisés par l'observateur. Si la naissance des droits de l'enfant dans le droit international positif date de l'approbation de la CIDE en 1989, leur gestation a duré un siècle. Elle est liée à l'évolution des droits de l'homme.

¹⁰ M. Alliot, « Anthropologie et Juristique », *Communication* au Colloque de Goutelza-en-Forez, in *Bulletin du Lajp*, n°6 janvier 1983, p. 83 à 117.

Un détour par le droit romain est un passage presque obligé pour toute recherche sur le droit de l'enfance. De lui, vient le concept du *Pater Familias*, omniprésent dans les législations sur l'enfance avant l'approbation de la Convention de New York.

A Rome, l'*infantus* est étymologiquement *Qui fari no possunt*, « celui qui ne parle pas¹¹ ». Pour Duclos¹², c'est aussi celui qui ne « comprend pas la portée de ces actes ». De là naît l'inimputabilité de l'enfant en bas âge. En droit romain, le pater familias a théoriquement droit de vie et mort sur ses enfants. Il est donc à la fois sa protection et sa loi selon l'âge de l'enfant. Trois périodes sont généralement prises en compte : de la naissance à sept ans, de sept ans à douze ou quatorze ans selon qu'il s'agisse d'un garçon ou d'une fille et de quatorze ans à vingt-cinq ans. A sa naissance, le nouveau né est étendu sur le sol, si le père le relève et ordonne de le nourrir¹³, il le reconnaît. Dans le cas contraire, il est abandonné, exposé. Au deuxième siècle, l'empereur Constantin abroge le droit de vie et de mort du père sur l'enfant. L'enfant reste soumis à la puissance du père de famille. Il est *alienis juris persona*, soumis au droit d'un autre, soumis à la puissance du père. Jusqu'à l'âge de quatorze ans, on parlera d'*Impubes*. Avec la puberté naît la capacité de réaliser des actes légaux sans l'autorité du tuteur, dans la mesure où l'enfant comprend la nature des actes. L'enfant romain devient alors, à cet âge, *sui juris*, sujet de droit autonome. En réalité, l'enfant romain pubère pouvait dans certains cas et selon les époques bénéficier d'une protection légale importante¹⁴. Le droit romain n'apporte pas de définition stricte de ce qu'est l'enfant. Il est défini par le concept de minorité ou bien par celui de filiation.

La puissance du père de famille, codifiée par le droit Romain, est reprise par le Code Napoléon en France et par nombre de codes latino-américains au début du dix-neuvième siècle. Elle sera un des principaux piliers ébranlés par le recentrage du droit sur l'enfant.

¹¹ A. Roy (dir), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, Tome 1, 1992, p. 1239. « Le mot signifie proprement 'qui ne parle pas'; il est formé de in, préfixe négatif, et du participe présent de fari 'parler' »; en grec, phemi.

¹² M. Duclos, *Rome et le droit*, Le Livre de Poche, Paris, 1996, p. 57. Concernant les différents stades de la condition juridique de l'enfant, voir le chapitre « la famille et le droit familial » p. 50 à 68.

¹³ De là vient l'expression « élever un enfant ».

¹⁴ La *Lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* protégeait le mineur de ceux qui voulaient le tromper (-191 AC), Le *Senatus Consulte Macedonianum* interdisait les prêts d'argent à un fils de famille et permettait à celui qui avait bénéficié d'un prêt de ne pas le rembourser, (69-79 AC sous Vespasien.). De même, le *Senatus Consulte Oratio Severi* (195 apr. J.C) interdisait à un tuteur de bénéficier des biens de l'enfant dont il avait la charge in Duclos (1996), p. 59.

Paradoxalement l'autonomie et la responsabilité, précoces pour l'enfant romain, sont limitées par le droit de la Convention de 1989, pour sa plus grande protection.

L'historien, plus que le juriste, peut relever la place et le rôle de l'enfance au Moyen Age et comprendre ses rapports avec le régime juridique en vigueur. C'est en partant de la condition de vie des enfants et de la place qu'ils ont dans la société à travers l'étude de l'iconographie médiévale que Philippe Ariès¹⁵ nous montre que le mot même d'enfant revêt une signification différente que celle communément acceptée aujourd'hui. La thèse principale d'Ariès consiste à signaler que l'enfance n'était pas représentée jusqu'au dix-huitième siècle. Les enfants étaient des « adultes en miniature » et l'enfance une époque de transition. Pour lui la « conscience de la particularité enfantine »¹⁶ était inexistante au Moyen Age. Si les travaux de l'historien ne font pas l'unanimité aujourd'hui¹⁷, leur apport principal est de relativiser une notion atemporelle de l'enfance. La psychanalyste Françoise Dolto, commentant le texte d'Ariès repris dans le premier chapitre de *la cause des Enfants*, ajoute que « dans le langage écrit, l'enfant reste un objet. Il faudra beaucoup de temps pour qu'il soit reconnu comme sujet »¹⁸. Il s'agissait de cacher les traits de l'enfant, indignes d'être représentés. Peu à peu ont été, signale la psychanalyste, introduits dans les œuvres, des objets, au second plan, comme des jouets, prémices de l'acceptation d'une pensée propre. Sans représentation, l'enfant n'existe pas comme sujet. La particularité de l'enfance en tant qu'étape spécifique de la vie et non plus comme antichambre de l'âge adulte sera pensée par Locke puis par Rousseau. « En pensant l'homme démocratique, ils ont rendu philosophiquement possible les droits de l'enfant¹⁹ ». C'est la thèse de Dominique Youf, philosophe, spécialiste de la question des droits de l'enfant. Pour que les individus puissent jouir de droits il fallait atténuer la toute-puissance du « souverain » entendu comme souverain et symboliquement comme père de famille. L'avènement des droits de l'enfant sera sans conteste une défaite pour la puissance du

¹⁵ P. Ariès, *L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, 1975.

¹⁶ Ariès (1975), p.177.

¹⁷ A. Renaut, *La libération des enfants*, Calman-Levy, 2002. L'auteur expose les thèses d'Ariès ainsi que les nuances qu'ont apporté sociologues et historiens de la famille. Il reconnaît toutefois que l'ouvrage d'Ariès « marqua l'émergence, pour ainsi dire, ex nihilo, d'une nouvelle discipline ». p. 41. De même, l'historien américain Lloyd de Mause signale qu'Ariès a laissé de côté de nombreuses preuves montrant que les artistes médiévaux pouvaient peindre les enfants avec réalisme. Il s'oppose également au concept « d'invention de l'enfance ». De Mause, *La evolución de la infancia, Historia de la infancia*, LI, Madrid, 1991 p. 15 à 92.

¹⁸ Françoise Dolto, *La cause des enfants*, Le Livre de Poche, Paris, 1985, p. 16.

¹⁹ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Paris, 2002, p. 26.

père de famille, une défaite souhaitée par les premiers promoteurs des droits de l'enfant. Déjà, à l'époque de la Déclaration universelle de 1789, l'autorité paternelle est remise en question. L'enfant appartient d'abord à la patrie disent les révolutionnaires qui remodelent la filiation et la conjugalité. « C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la restauration partielle de la puissance paternelle par le Code civil napoléonien ²⁰ ». L'introduction progressive de limites à cette autorité se fera, concernant les enfants, d'abord au nom de leur protection, puis, presque un siècle plus tard, au nom de leurs droits. S'opère alors un rééquilibrage du triptyque enfant, père (famille) et Etat. En étudiant la famille des dix-huitième et dix-neuvième siècles, Jacques Donzelot met en évidence cette intervention progressive de l'Etat sur l'enfance. La société s'adapte à la révolution industrielle qui cherche une main-d'œuvre toujours plus nombreuse²¹, plus disciplinée, plus contrôlée. L'enfant devient une denrée qu'il faut « conserver » parce qu'il devient utile et parce que, démographie oblige, il y en a moins. L'école publique voit le jour, l'apprentissage diminue. La famille quitte la rue et la place publique pour se resserrer sur elle-même. Au moment où l'Etat accroît son contrôle sur les enfants, ceux-ci n'ont plus d'autres horizons que leur propre famille. L'histoire de l'enfance²², nous dit Donzelot est celle de son contrôle. Il rejoint en cela Michel Foucault qui parlera du collège comme un lieu d'enfermement : « il y eut le grand renfermement des vagabonds et des misérables, il y en a eu d'autres plus discrets, mais insidieux et efficaces²³ ».

²⁰ Youf (2002), p. 31.

²¹ L'avocat argentin, Emilio García Méndez poursuivra cette thèse en mettant en évidence la souplesse des normes juridiques concernant la responsabilité pénale des mineurs en période d'abondance économique et a contrario leur durcissement en période de pénurie.

²² Ecrire l'histoire de l'enfance est une tâche compliquée G. Salazar, « Infancia en Chile durante los siglo XIX y XX », Conférence pour les Institutions liées à l'Enfance dans la Cinquième région du Chili, San Felipe, Chili, 28 et 29 juin 2001. Pour l'historien chilien, « les enfants ne laissent pas beaucoup de trace pour reproduire leur histoire. Les enfants ne font pas les choses que font les grands. Ils ne font pas de coups d'Etat, ils ne mettent pas en place des politiques publiques (...) Faire l'histoire des enfants est très compliqué ». De fait, l'enfant fait partie de l'histoire lorsqu'il devient adulte. Cette difficulté de faire l'histoire de l'enfant est souvent évoquée, voir : M.V Alzate Piedrahita, « El ' descubrimiento' de la infancia : historia de un sentimiento », *Revista de ciencias humanas*, n°30, Universidad tecnologica de Pereira, Colombie, décembre 2002. Pour l'auteur, l'histoire de l'enfance débute avec Ariès (1973) qui a montré justement le caractère invisible des conceptions de l'enfance. Dans ce sens, R. Salinas Meza, « La historia de la infancia, una historia por hacer », *Revista de historia social y de las mentalidades* n° 5, Santiago, 2001, p. 11. « La présence de l'enfant dans l'histoire a été une authentique présence occulte ce qui rend très difficile la tâche de l'historien quand il veut identifier ces traces car elles se confondent presque toujours avec celles de la vie des adultes ».

²³ M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1987, p. 143.

Ce curieux mélange entre des institutions soucieuses d'éduquer, de contrôler comme le dit Foucault et l'arrivée massive des enfants au travail, marquera, en droit, une reconnaissance de la spécificité juridique des enfants.

Excroissance du père sous Rome, adulte miniature au Moyen Age, l'enfant a pris une place centrale dans les sociétés occidentales dans lesquelles il a d'abord été inclus par le travail dû au besoin croissant de main d'œuvre dans l'industrie. Le droit ne l'a pas « épargné ». Les premières lois qui lui reconnaissent des droits spécifiques visaient avant tout à limiter les heures de travail. En effet, l'évolution juridique qui a donné naissance aux droits des enfants n'est d'une certaine manière que le contrepoids d'abus répétés. « En Europe et en Amérique, l'intérêt politique et social pour le thème de l'enfance naît comme une première manifestation de la crise sociale qu'a apportée avec lui l'expansion capitaliste au milieu du dix-neuvième siècle²⁴ », écrit l'historien chilien Jorge Rojas.

C'est bien la question du travail des enfants qui a permis l'élaboration des premiers textes contre l'exploitation des enfants²⁵. L'Angleterre est pionnière. Sous l'impulsion de Sir Robert Peel, fondateur du parti conservateur, le Parlement anglais approuve le 22 juin 1802, le « Factory Health and Morals Act », qui sera suivi en 1819 du « Factory Act » interdisant le travail en usine des enfants de moins de 9 ans. En France la première loi sociale, votée le 22 mars 1841, interdit, entre autres dispositions, le travail des enfants de moins de huit ans. Faute de moyens, elle sera peu et mal appliquée. En Amérique latine, les premières lois, exception faite du Mexique, datent du début du vingtième siècle.

Ces textes fondateurs marquent une rupture avec la politique du « laisser-faire » et l'absence d'intervention de l'Etat dans l'économie et dans la famille. Ils témoignent également d'une certaine moralisation du travail par l'émergence d'idées philanthropiques imprégnées de connotations religieuses. Enfin, ces lois sont les premières qui prennent en compte la spécificité de l'enfant. L'abus induit la règle. En l'espèce, l'utilisation massive des enfants

²⁴ J. Rojas Flores, « Los niños y su historia: un acercamiento conceptual e historico desde la histografía », *Revista electronica de historia*, n°1; Santiago, 2001. (en ligne). http://www.pensamientocritico.cl/upload/est/est_031107103421_11.pdf. Sauf mention contraire, l'ensemble des sites Internet cités ont été consultés entre septembre et décembre 2004. Une vérification de l'ensemble des liens cités a été effectuée le 8 juin 2005. L'ensemble des citations en espagnol (ouvrages, articles, textes de loi) ont été traduites par l'auteur.

²⁵ 1802 en Angleterre, 1841 en France, début du vingtième siècle en Amérique latine.

tel-00089974, version 1 - 25 Aug 2006

dans l'industrie naissante et les situations dramatiques auxquelles ils étaient confrontés ont ému les esprits. A la croisée des chemins entre le droit, les sciences politiques et une vision romantique de l'enfance, l'expression « droits de l'enfant » apparaît dans la deuxième moitié du dix-neuvième siècle. Elle est aussi le fait de l'émergence de la pensée socialiste avec un juriste tel qu'Emile Acollas en France et du courant féministe représenté par Maria Deraisme. « Concevez-vous, écrit-elle, qu'il y ait quelque part des droits de l'homme sans qu'il y ait des droits de l'enfant²⁶ ? » Après avoir proposé une extension du concept des droits de l'homme aux enfants, Deraisme poursuit en écrivant : « l'organisation politique n'est que l'application en grand de l'organisation familiale²⁷ ». Ces promoteurs de l'enfance font le lien, après Rousseau, entre l'intérêt de promouvoir la démocratie dans la famille et son introduction au sein de l'Etat. Cette idée sera reprise par les juristes latino-américains pour la promotion de droits de l'enfant à la fin du vingtième siècle.

C'est une Anglaise, Eglantyne Jebb, qui est à l'initiative de la première Déclaration internationale des droits de l'enfant. Issue de la bourgeoisie rurale aisée, et influencée par les valeurs anglicanes, elle revient fortement impressionnée après un séjour dans les Balkans en 1913 par les conditions de vie des réfugiées et plus particulièrement des enfants. Elle retourne en Angleterre pour développer un travail de charité. Il sera accompagné des premières revendications concernant leurs droits. Nous lui devons la Déclaration de 1924, connue sous le nom de Déclaration de Genève.

Cette Déclaration, concise, se situe dans la lignée des textes du dix-neuvième siècle : « L'enfant n'a pas droit à (...), c'est la société qui a le devoir de (...) ». La Déclaration de Genève de 1924 dispose dans son préambule que : « Les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance ».

Les cinq articles de cette Déclaration commencent par « L'enfant doit être (...) ». Ce sont les devoirs de la société qui sont mis en évidence. L'enfant doit être protégé. Le glissement entre le devoir de la société qui doit protéger ces enfants vers les droits des enfants se fera en deux étapes.

²⁶ M. Deraisme, *Les droits de l'enfant*, Conférence de Maria Deraisme (1876), Mario Mella, Lyon, 1999, p. 56.

²⁷ Deraisme (1999), p. 57.

La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) renverse la formulation et énonce clairement que « toute personne a droit... ». Néanmoins l'enfant, certes inclus dans les vocables « toute personne » où « tout individu » n'est cité que dans deux articles où il n'est pas question de manière explicite de leurs droits²⁸. Suit la Déclaration des Nations Unies du 20 novembre 1959. Elle consacre juridiquement la notion des droits de l'enfant. Ce texte comporte dix principes qui annoncent les droits des enfants. Cette Déclaration servira de fondement au projet initial de la CIDE. Les Déclarations de 1924 puis celle de 1959 n'ont, pour les Etats aucun caractère juridiquement contraignant. Elles doivent être considérées comme la genèse de la CIDE.

La Convention internationale des droits de l'enfant a été présentée l'année du Bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont l'article premier stipule que « tous les hommes naissent libres et égaux en droits ». Tous les hommes, c'est l'humanité sans exception. C'est bien l'enfant qui naît. Le préambule de la CIDE confirme sans ambiguïté ce rattachement aux droits de l'homme en citant, entre autres textes, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. La dilution des droits de l'enfant dans les droits de l'homme est, pourtant, apparue insuffisante pour protéger les premiers. La nécessité de protéger certains groupes plus fragiles, dont les enfants, a donc conduit les Nations Unies à développer des instruments spécifiques²⁹ qui sont cités dans le Préambule de la CIDE.

Il s'agira donc pour les promoteurs d'une convention de transformer leurs droits déjà proclamés en 1959, en des droits internationalement contraignants. L'idée initiale de la Pologne, pays qui a soumis le projet de CIDE à l'Assemblée générale des Nations Unies en 1979, était de transformer la Déclaration de 1959 en Convention. La proposition polonaise sera toutefois abandonnée et remplacée par une autre, plus ambitieuse. La CIDE sera alors la « traduction, dans le monde de l'enfance, de la promotion de la philosophie des droits de l'homme »³⁰. Comme l'écrit l'avocat chilien, expert auprès de l'UNICEF, Miguel Cillero

²⁸ Article 25-2 « La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale ». Article 26-3 : « Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants ».

²⁹ Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing). Résolution 40/33 de l'Assemblée générale, 29 novembre 1985. Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé (résolution 3318 (XXIX) de l'Assemblée générale, 14 décembre 1974.

³⁰ F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, Puf, Paris, 1991 ; p. 5.

Bruñol « (elle) s'inscrit dans le courant plus universel de progrès dans la garantie et la protection des droits de l'homme³¹ ». La reconnaissance des droits des enfants, expansion du concept de droit de l'homme, apparaît comme le complément efficace des outils de protection des droits de l'homme. De même que des droits inhérents à la personne humaine ont été reconnus du seul fait qu'elle est homme ou femme, sont reconnus des droits inhérents à l'enfant. L'enfant, pour les promoteurs de la CIDE, devient sujet de droit. Il est défini par son âge.

2 Les droits de l'enfant latino-américain

Nous utiliserons fréquemment le terme « d'Amérique latine », de juristes « latino-américains », d'enfants latino-américains dans le sens et avec les réserves soulignées par Alain Rouquié dans son ouvrage *Amérique latine*. « Le concept d'Amérique latine n'est ni pleinement culturel, ni seulement géographique », ³² mais le terme est « commode », et généralement accepté par les intéressés eux-mêmes. Notre travail de recherche porte sur l'ensemble des pays du continent. Nous nous attarderons davantage sur les pays dont la législation sur l'enfance présente un intérêt particulier comme l'Argentine, le Brésil, le Mexique, le Chili. Nous utiliserons bon nombre de références françaises dans l'esprit de la tradition latino-américaniste dont la finalité est de réfléchir autant sur le « Nouveau Monde » que sur « l'ancien ».

Les travaux tant d'Ariès que de Dolto, Donzelot ou Foucault se réfèrent surtout à la société occidentale et plus particulièrement à la France. Ce sont pourtant des références utilisées fréquemment par l'historiographie latino-américaine. Or, étudier le concept d'enfant à des périodes différentes, nous l'avons vu, est une entreprise risquée. Fonder une réflexion sur l'enfance latino-américaine sur des références presque exclusivement européennes ne l'est pas moins.

L'extrapolation des travaux Ariès à notre sens porte préjudice à l'histoire de l'enfance latino-américaine. Il faut les lire comme l'ouverture d'un champ d'études et non pas comme une

³¹ M. Cillero Bruñol, « Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios en Infancia », Boletín del Instituto Interamericano del Niño n° 234, Octubre 1997, p. 1 à 13.

³² A. Rouquié, *Amérique Latine*, Le Seuil, Paris, 1998, p. 18.

vérité intangible. En utilisant des sources occidentales, l'un des principaux théoriciens latino-américains des droits de l'enfant, dont nous utiliserons largement les travaux pour mettre en évidence la spécificité de la réflexion régionale sur l'enfance, l'Argentin Emilio García Méndez laisse de côté tout un pan de l'histoire de l'enfance latino-américaine³³. Il soutient avec Ariès que le sentiment d'enfance n'existait pas. Cette argumentation est assez utile pour mettre en évidence, par opposition, le caractère novateur de la CIDE, mais elle fait l'impasse sur un apport considérable qui est à réhabiliter : celui des cultures précolombiennes³⁴ puis des cultures dites autochtones. Nous serons sans cesse confrontés à cette image de l'enfant occidental, qui par la Convention devient « l'enfant international », lorsque nous tenterons de nous rapprocher de la spécificité latino-américaine du droit de l'enfant. En effet, malgré les précautions que prend Ariès en précisant que « le sentiment de l'enfance ne se confond pas avec l'affection des enfants »³⁵, nombre de références à l'œuvre de l'historien signaleront qu'au Moyen Age l'enfance n'existait pas. En Amérique latine, on retrouve trace des thèses de l'historien sous la plume d'un des juristes les plus éminents sur la question des droits de l'enfant « L'enfance comme elle est comprise et représentée dans son acceptation moderne n'existe pas avant le seizième siècle »³⁶. Décrypter la CIDE ne peut se donc faire qu'à partir de la tradition juridique qui lui a donné naissance. C'est sans doute pour cette raison qu'il existe un sentiment de malaise concernant l'enfance latino-américaine dépouillée de ces racines indigènes, mêlé à un sentiment d'enthousiasme qui s'enracine dans les principes de la CIDE.

La protection de l'enfance devient une préoccupation internationale vers la fin du dix-neuvième siècle. Progressivement des intellectuels, médecins, juristes et pédagogues allaient sensibiliser l'opinion pour protéger les plus faibles.

En Amérique latine le mouvement de reconnaissance des droits des enfants a été précédé par une réflexion sur le mineur et sur son inclusion dans le droit comme objet de protection et de

³³ Il le reconnaît d'ailleurs en signalant que l'étude historique de l'enfance précolombienne reste à faire.

³⁴ Voir J.M.G Le Clezio, *Le rêve mexicain*, Folio Essais, Gallimard, Paris, 1988. Le Clezio, dans sa conclusion, évoque « la pensée interrompue de l'Amérique indienne ». Il laisse percevoir ce dont l'humanité a été privée à la suite de la Conquête.

³⁵ Ariès (1985), p. 177. De même, l'étude de l'historien français n'a pas de prétention universelle. Elle est située tant historiquement que géographiquement.

³⁶ E. García Méndez, « Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia », in *Derecho de la Infancia-Adolescencia en America Latina*, Forum Pacis, Bogotá, 1997, p. 83.

répression. Les premiers Congrès³⁷ sur l'enfance ont eu lieu en Europe au début du vingtième siècle, et déjà comptaient avec la présence de délégués d'Amérique latine³⁸. De nombreux Congrès régionaux allaient suivre et aboutir progressivement à une vision de l'enfance centrée sur la protection des plus faibles, les enfants abandonnés, et sur la répression des enfants aux « comportements déviants » par leur internement dans une maison de correction.

Là encore, le travail législatif est la partie émergée de la réflexion scientifique, du nouveau regard porté sur l'enfant, de sa place dans la société... De ce point de vue, le mouvement d'idées concernant l'enfance aboutit à une prise en compte du mineur qui, tant aux Etats-Unis qu'en Europe puis en Amérique latine a débouché sur la création d'une législation spécialisée. Nées au début du vingtième siècle ces lois, dites tutélaires, se sont développées jusqu'à la proclamation de la CIDE.

Lorsqu'elle fut approuvée, la Convention s'inscrivait en contradiction radicale avec cette législation et avec la pratique judiciaire touchant à l'enfance en Amérique latine. Signataires de la CIDE, les Etats l'ont intégré dans leurs droits nationaux marquant ainsi leur volonté de réforme. Un effort législatif considérable au niveau régional et national, guidé par une conception doctrinale propre au continent latino-américain, a permis en dix ans la consécration d'un *Corpus Juris* des droits de l'enfant. Ce défi juridique qui consiste, en s'inspirant de la CIDE, de développer et d'affiner les législations internes est essentiel, en Amérique latine où, c'est un euphémisme, l'enfant est malmené. C'est dans un contexte de transition vers la démocratie que naît en Amérique latine le nouveau droit des enfants. Il s'impose là où la violence, les dictatures militaires et l'instabilité politique ont souvent fait la loi.

La CIDE a connu une heureuse fortune dans le continent latino-américain. Il va, dans les années 1980, voir le retour des régimes démocratiques. Si « les débuts d'une transition sont difficiles à fixer avec précision »,³⁹ en 1990, la majorité des pays avait retrouvé un régime démocratique. L'adoption d'une nouvelle constitution dans plus de la moitié des pays du

³⁷ Les premiers congrès ont eu lieu en 1905 à Paris, en 1907 à Bruxelles, en 1909 à Washington, en 1910 à Buenos Aires in S. Iglesias, H. Villagra, L. Barrios, « Un viaje a traves de los espejos de los congresos panamericanos de niños », in Garcia Mendès, *Del Reves al Derecho*, Galerna, 1992. p.389.

³⁸ Paulina Luisi a été la première femme qui a participé comme représentante officielle du gouvernement d'Uruguay dans le Comité de Protection de l'Enfance de la Société des Nations. Son parcours témoigne du rôle des féministes et des socialistes pour la protection de l'enfant au début du vingtième siècle.

³⁹ Olivier Dabène, *L'Amérique Latine au XX siècle*, Armand Colin, Paris, 1996, p. 158.

continent va conforter ce processus de démocratisation et inscrire au premier plan la reconnaissance des droits de l'homme et des droits des enfants. Cette conjoncture favorable est le terreau du succès juridique du mouvement en faveur des droits des enfants.

L'ensemble des pays latino-américains signera la Convention au début des années quatre-vingt-dix. Elle a provoqué un séisme juridique. Les constitutions, les lois nationales ou fédérales, les codes prennent en compte cette rupture. Il s'agit, pour García Méndez, d'« un changement fondamental qui détermine une perception radicalement nouvelle de la perception de l'enfance ⁴⁰». La CIDE marque donc la ligne de partage entre l'ancien droit de l'enfance du début du vingtième siècle et le nouveau issu de la CIDE. Cette ligne recoupe également ce que les juristes latino-américains ont nommé les doctrines de la situation irrégulière et la doctrine de la protection intégrale⁴¹.

La première a été théorisée par de nombreux auteurs⁴². Son principal fondement est la différenciation entre mineurs et enfants dans un esprit de défense sociale devant la dangerosité du jeune. C'est une doctrine tutélaire. Elle implique, selon ses théoriciens⁴³, une judiciarisation des problèmes sociaux, une criminalisation de la pauvreté, l'institutionnalisation et la ségrégation des mineurs. Cette justice est arbitraire. La figure du juge des mineurs est omnipotente. Il doit agir « comme un bon père de famille ». Cela se traduit souvent par une vision de compassion vis à vis du mineur abandonné et de répression pour le mineur délinquant. Les peines privatives de liberté sont indéterminées, le mineur est rarement représenté par un avocat. Le terme de « situation irrégulière a été amplement utilisé »⁴⁴. Socialisé par l'Institut Interaméricain de l'Enfant (IIN), il se réfère au droit des

⁴⁰ E. García Méndez, « La Convención Internacional de los derechos del niño : del menor como objeto de la compasion represion a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos », in García Méndez (1997), p. 83.

⁴¹ Les expressions « doctrine de la situation irrégulière » et « doctrine de la protection intégrale » ont connu une diffusion importante grâce aux travaux de l'Institut Interaméricain de l'Enfant. La première vient des termes « enfant en situation irrégulière » couramment employés dans les premières législations de l'enfance à partir des années 1920, la seconde se retrouve dans les déclarations du dixième Congrès panaméricain de l'enfant qui s'est déroulé en 1955 à Panama.

⁴² Une bonne description de la doctrine se trouve dans : M. Beloff, « La Aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno », in *La Aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Abregu, Martín y Courtis, Christian (comp.), CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

⁴³ Surtout Mary Beloff et Emilio García Méndez.

⁴⁴ M. Medina de Villarroel, *Situación Irregular del Menor*, Livrosca, Caracas, 1993.

mineurs avant la CIDE. L'expression désigne le « contexte de problèmes » qui entoure le mineur. La doctrine de la situation irrégulière est issue des premières lois sur l'enfance considérées, à l'époque, comme un progrès par rapport à l'indifférenciation entre enfant et adulte qui régissait jusqu'alors. L'ancien droit sera traqué et remplacé peu à peu par le nouveau droit de l'enfance dit, en Amérique latine, de la doctrine de la protection intégrale.

Cette seconde doctrine est celle du droit projectif, du droit utopique, du beau droit. C'est l'esthétisme du non réalisé. La doctrine de la protection intégrale parle du droit comme il doit être. Elle s'emploie alors à contribuer à la construction de l'édifice des « droits de l'enfant » en revisitant les constitutions, les lois, les politiques publiques de l'enfance et la pratique des tribunaux.

C'est un changement de paradigme qui, en l'espace de dix ans, étend son influence sur le droit pénal des mineurs, sur le droit de la famille, sur les politiques publiques pour l'enfance de l'ensemble des pays latino-américain. Un édifice juridique se construit. Les constitutions nouvellement proclamées intègrent la CIDE, explicitement ou non. Des lois nouvelles sont votées. De nouveaux codes de l'enfant et de l'adolescent voient le jour. L'ensemble du système est promu et soutenu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'ère des droits des enfants s'ouvre dans le continent latino-américain.

3 Des droits critiqués

Si peu d'auteurs et aucun Etat ne remettent directement en cause cette acquisition juridique de la fin du vingtième siècle que sont les droits de l'enfant, les critiques lors de leur proclamation n'ont pas été absentes. Les réentendre aujourd'hui se révèle utile pour comprendre l'efficacité controversée de ces droits. A la lecture des rapports de l'UNICEF, du Comité des droits de l'enfant⁴⁵ ou des rapports des ONG, ce qui juridiquement est considéré comme un apport majeur dans le droit international n'a pas encore produit tous ses effets et reste une mesure minimale pour, « conserver les enfants » du vingt et unième siècle. Venant de la philosophie, de la philosophie du droit et du droit lui-même, les critiques des droits de l'enfant ont eu peu d'écho en Amérique latine.

⁴⁵ Le CDE est un comité institué par l'article 43-1 de la CIDE : « Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les Etats 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 (...) ».

Pourtant, la pertinence de l'analyse de Michel Villey, dans son ouvrage *le droit et les droits de l'homme*, aide à mesurer les difficultés d'application des conventions sur les droits de l'homme. Pour le philosophe, les droits de l'homme, nés dans l'Europe moderne, sont du domaine de la morale et non du droit. Critiquant, à contre-courant⁴⁶, les Conventions sur les droits de l'homme, Villey signale qu'il s'agit d'aspirations, mais non de véritables droits. Il s'est opéré selon lui une confusion entre le droit et les fins du droit. Il signale que « cette surabondance (de droits de l'homme) sert surtout à entretenir un flot de revendications impossibles à assouvir, qui lorsqu'on retombe dans le réel laisse les gens déçus et amers⁴⁷. » Lorsque ces « gens » sont les enfants, l'amertume est plus grande encore. Appliquée à la CIDE, cette critique est d'actualité. Une critique antérieure, émise par Karl Marx, est plus sévère. Le philosophe allemand écrit que les droits de l'homme tels qu'ils sont institutionnalisés, sont « au service de la bourgeoisie ». Il s'agirait, pour lui de droits qui, formellement, appartiennent à tous les hommes, mais qui, réellement, sont réservés aux puissants. Cet apport dans le contexte latino-américain ne manque pas de piquant sachant que les défenseurs de droits de l'homme contre les dictatures des années soixante-dix sont largement influencés par le courant marxiste. Pourtant, la relecture de la critique marxiste aujourd'hui est éclairante concernant l'étude des droits de l'enfant. Elle met en évidence que la production (exponentielle) de ce droit particulier serait au mieux une soupape de justice pour les enfants dans un monde qui, de fait, les maltraite et, au pire, selon la terminologie marxiste, un instrument au service d'une classe dominante.

D'autres critiques viennent de la philosophie. Alain Finkelkraut dans un court article finement polémique⁴⁸ dénonce peu de temps après l'approbation de la CIDE le « mariage monstrueux de la politique et de l'enfance ». Pour lui, dire que l'enfant est citoyen responsable est « garantir l'impunité de ceux qui le manipulent ». Cet article, fréquemment cité par les critiques des droits des enfants, condamne « un déni de l'insouciance propre aux enfants ». Jean Baudrillard⁴⁹ va dans le même sens en dénonçant une Déclaration qui fait de l'enfant

⁴⁶ La position de Villey est loin d'être unanime. Voir R. Guerra Lopez, *Afirmar la persona por si misma*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Mexico, 2003, p. 157. qui signale, en citant l'œuvre de Villey, « S'il est avéré que les contemporains droits de l'homme trouvent leur inspiration dans le droit naturel classique d'Aristote et de Thomas d'Aquin (...) il n'a pas manqué une personne qui a nié emphatiquement cette origine ».

⁴⁷ M. Villey, *Philosophie du Droit*, T1, Dalloz, Paris, 1986, p. 146.

⁴⁸ A. Finkelkraut, « Droit de l'Enfant, la nouvelle statue de Pavel Morozov », *Le Monde*, 9 janvier 1990.

⁴⁹ J. Baudrillard, « Le continent noir de l'enfance », *Libération*, 16 octobre 1995.

« un singe savant en l'affublant du délire juridique des adultes ». Irène Théry également, critique, à partir de la sociologie du droit, l'idéologie des droits de l'enfant au nom du droit lui-même. Elle rejoint en cela Villey en écrivant : « comment ne pas voir que l'idéologie des droits de l'enfant vient ici au secours de l'une des tendances les plus inquiétantes de nos démocraties, celle qui substitue au droit qui pense les rapports mutuels, les droits qui atomisent en autant de lobbies les catégories qui en sont titulaires⁵⁰ ». Pour le doyen Carbonnier, la multiplicité des droits particuliers⁵¹ nuit au droit général. Ce mouvement annoncerait un recul des valeurs collectives. Pour Alain Pellet qui se livre à une critique de l'idéologie des droits de l'homme tout en louant « le supplément d'âme » que cette discipline apporte au droit international, « l'Etat a la compétence du dernier mot ; il est le bras séculier seul capable de donner vie à la norme internationale⁵² ». Pellet réhabilite l'Etat. En avait-il besoin ? Les idéologues des droits de l'homme disent que les droits attachés à l'homme (et à l'enfant) sont antérieurs et supérieurs à l'Etat⁵³ constituant ainsi une famille de droits « à part » qui se suffit en elle-même puisqu'ils s'imposent à tous. Ils ne s'intéressent guère au concept de souveraineté clé de voûte du droit international et s'étonnent en le condamnant que l'application des traités concernant les droits de l'homme n'aille pas de soi. La question de l'effectivité du droit international des enfants est centrale. De son application dépend leur bien-être. Elle entraîne avec elle la question du rôle de l'Etat comme maître d'œuvre de la réalisation des droits contenus dans la CIDE.

4 Mise en œuvre des nouveaux droits

Nous touchons l'ambiguïté de la CIDE qui promeut un idéal faisant de l'enfant un sujet de droit, mais qui par son exigence et, en particulier, son caractère obligatoire la rend

⁵⁰ I. Thery, « Nouveau Droit de l'Enfant, la potion magique », *Esprit*, Paris, mars-avril 1992, p. 28.

⁵¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la cinquième république*, Forum Flammarion, Paris, 1996. En particulier le chapitre « la pulvérisation du droit en droits subjectifs » p. 121 à 126.

⁵² Alain Pellet, « Droits-de-L'homme et Droit International », *Droits fondamentaux*, n° 1; juillet-décembre 2001. (en ligne) http://www.droits-fondamentaux.org/article.php3?id_article=27.

⁵³ Droits de l'homme : *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, Paris, 1981, p. 167. Droits de l'homme : Le lexique fait néanmoins la distinction dans la définition des droits de l'homme selon les démocraties libérales ou les régimes autoritaires.

difficilement applicable. Un droit utopique est-il nécessaire pour faire évoluer les règles de droit ? Cette thèse est celle des promoteurs des droits de l'enfant en Amérique latine.

Ils reconnaissent que l'édifice a des fissures : les lois sont incomplètes parfois, et les juges ont du mal à s'abstraire de l'ancien système. Des incompatibilités naissent entre le nouveau droit de l'enfance et les décisions rendues par les tribunaux. Les mentalités changent moins vite que la loi. La doctrine de la situation irrégulière n'en finit pas d'être enterrée et la doctrine de la protection intégrale n'arrive pas à s'imposer complètement. C'est la naissance, selon l'expression de García Méndez, d'un « droit schizophrène ». Mais poursuit l'auteur, l'utopie est nécessaire. Bref, il « faut y croire » pour qu'enfin l'enfant soit d'une part véritable sujet de droit et que d'autre part ces droits soient exigibles et respectés. L'étude de la jurisprudence des tribunaux pour enfants est éloquente. La nature des faits relatés témoigne en particulier à travers de multiples situations de la vie quotidienne tout simplement de la souffrance des enfants, de leur violence aussi, du chemin qu'il reste à faire non pas pour que leurs droits soient respectés, mais pour que, au moins, les abus quotidiens dont ils souffrent diminuent. Enfin, un regard sur l'histoire et les fondements juridiques des décisions de justice nous aide à mesurer l'intégration réelle des nouveaux droits des enfants dans le continent latino-américain. Le divorce entre la qualité des droits reconnus par les instruments juridiques internationaux et nationaux et le traitement juridique des mineurs risque de faire de la CIDE, malgré l'effort de la communauté internationale, une nécessaire déclaration de bonnes intentions.

Les doctrinaires latino-américains, conduits par García Méndez, l'un des plus éminents défenseurs et promoteur de la Convention en Amérique latine, pourfendent ceux qui, au nom de la philosophie du droit, critiquent les droits de l'enfant. Le juriste argentin souligne, pour ne pas entrer dans ce débat sur les fondements des droits de l'homme, que la question n'est pas de s'interroger sur les postulats du nouveau droit de l'enfance, mais de tout faire pour qu'il s'applique. Il cite pour illustrer sa thèse le philosophe italien Norberto Bobbio⁵⁴ qui se référant à la Convention de 1948 a écrit : « La Convention nous oblige à travailler pour la protection des droits consacrés, abandonnant les discussions byzantines sur leur justification ». Il est vrai que Bobbio dans son ouvrage *le temps du droit* insiste sur le fait que ce qui importe n'est pas de trouver des justifications aux droits de l'homme, mais de les

⁵⁴ N. Bobbio, *l'eta dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 16. (cité par García Méndez).

protéger⁵⁵. Il ajoute néanmoins, à la fin de son article que la difficulté des conditions de l'exercice des droits de l'homme dépend du développement de la société étudiée. Cette question, écrit-il, « défie, même la Constitution la plus avancée et pose problème même au plus parfait mécanisme de garantie juridique ⁵⁶ ». Bobbio précise que les pays en voie de développement ne peuvent garantir la majorité des droits sociaux. Le débat glisse alors vers le droit au développement redonnant ainsi une nouvelle force à une vision marxiste de l'histoire. Il devient tautologique. L'effort doit-il porter sur l'évolution et le perfectionnement du droit de l'enfant ou bien sur le développement de la société, seule apte à véritablement donner une effectivité au nouveau droit ? De cette dialectique émergera une synthèse dans laquelle le droit imprègne de plus en plus la société. Celle-ci devient le réceptacle de nouveaux droits qui, à défaut de s'appliquer, sont reconnus, étendus et largement diffusés.

Un retour sur les critiques permet d'en voir les vices de conception et de s'en prémunir. Poussée à l'absurde, « l'explosion des droits subjectifs⁵⁷ » nous conduit directement dans une zone de non-droit par l'excès du droit lui-même. C'est un péril pour les démocraties latino-américaines. L'avancée des droits de l'enfant n'est pas à remettre en cause, mais à remettre en perspective. La nouvelle protection intégrale de l'enfant est associée, selon ses inventeurs, à une vision intégrale qui inclut les politiques sociales vers l'enfance et s'intéresse à la place de l'enfant dans la société. Or, le triptyque Etat-Famille-Enfant est aujourd'hui en mutation. Pour cette raison, la recherche d'un équilibre implique certainement « le juste partage des biens et des charges » entre ces trois composants.

Par ailleurs, la mise en œuvre du nouvel instrument juridique, outre les critiques qu'il a suscitées, se heurte aux faits. La CIDE protège-t-elle véritablement les enfants latino-américains de l'exploitation au travail, de l'abandon, de l'enrôlement dans les milices ou dans les guérillas ? C'est l'obsédante question que les théoriciens de la doctrine de la protection intégrale contournent en revendiquant l'importance d'un droit utopique comme idéal à atteindre. Ces textes contre le malheur que sont les conventions de protection des droits de

⁵⁵ N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 75. Dans le même sens, Nigel Cantwell, Fondateur de l'ONG Defence Child International écrit : « Ce n'est donc pas tant de relever des lacunes ou d'émettre des critiques de détail... mais bien de faire en sorte que les dispositions existantes soient appliquées le plus efficacement possible » *Lettre de l'IDEF*, Spécial Convention internationale des droits de l'enfant n° 39, Paris, novembre 1989, p. 6.

⁵⁶ Bobbio (1991), p. 82.

⁵⁷ Selon l'expression de J. Carbonnier (1996).

l'homme protègent encore bien mal leurs destinataires. Exiger du droit qu'il apporte une solution définitive aux abus dont souffrent les hommes, et en particulier les enfants, contribue aussi à l'omniprésence dans la société de cet art de la règle dont les extensions envers chaque groupe minoritaire marquent sa puissance et ses limites.

Le succès de la CIDE en Amérique latine l'illustre d'une manière ambiguë, car son enjeu principal n'est pas nécessairement le plus visible. Tout au long du débat juridique sur l'enfance en Amérique latine se profile l'impératif de la cohérence et du renforcement des fragiles Etats de droit. Demander aux enfants qu'ils en soient les principaux protagonistes est alors un constat d'échec du monde adulte. L'enjeu de la CIDE échappe au domaine de l'enfance pour devenir l'un des gardes fous de la démocratie elle-même. Pour cette raison sans doute les critiques sont estompées au profit d'une défense et d'une promotion monolithique des droits de l'enfant.

5 La démarche

En consacrant le nouveau « *Corpus Juris* » des droits des enfants en 2002, la Cour de justice interaméricaine va au-delà de la simple insistance sur l'importance de mettre en pratique la CIDE. Elle prend acte de l'existence d'un droit nouveau. Il a été construit d'abord par les Etats sous la pression de l'opinion publique représentée, dès les travaux préparatoires, par des organismes spécialisés.

L'axe de réinterprétation de la CIDE en Amérique latine vient des travaux des juristes latino-américains engagés sur la problématique de l'enfance. Ils ont pour chef de file les Argentins Emilio García Méndez et Mary Beloff, les Brésiliens Edson Seda et Antonio Carlos Gomez da Costa, le Chilien Miguel Cillero Bruñol. Ils sont les « inventeurs » des concepts de doctrine de la protection intégrale et de doctrine de la situation irrégulière. Nous nous référerons souvent à ce groupe de juristes par les expressions : les doctrinaires ou les promoteurs et défenseurs de la CIDE en Amérique latine. Ils défendent une nouvelle vision des droits de l'enfant. Dans cet esprit, nous utiliserons l'expression « droits de l'enfant » ou « nouveau droit de l'enfance » pour désigner les changements législatifs qui ont eu lieu en Amérique latine depuis l'approbation de la CIDE. Concernant la situation des enfants en Amérique latine nous utiliserons des chiffres qui proviennent de rapports officiels émis

régulièrement par les Agences des Nations Unies. D'accès aisé, ils sont à notre sens les données les plus fiables. De fait, s'il est un domaine où l'effort a été notable, c'est celui des statistiques.⁵⁸

La question des droits de l'enfant, en elle-même, impose un regard multidisciplinaire. Le droit est notre axe de réflexion. Son mouvement nous emmènera vers d'autres sciences, dont la philosophie, la psychologie, l'économie, le politique et la démographie.

Notre critique de la réinterprétation de la CIDE en Amérique latine s'appuiera amplement sur les travaux de Michel Villey en particulier sur sa critique des droits de l'homme ainsi que sur ceux de Jean Carbonnier avec sa critique des droits subjectifs de l'enfant. Le premier nous aide à comprendre le caractère parfois illusoire des droits de l'homme malgré le légitime engouement qu'ils suscitent et le second émet l'hypothèse d'un recul des valeurs collectives devant le développement des droits subjectifs et de l'individualisme qu'ils supposent. Notre hypothèse centrale étant que le fait d'ériger en système idéologique le droit de l'enfance ne garantit pas l'effectivité de ces droits, dans un contexte de mutation de l'Etat de droit. La proposition originale des doctrinaires latino-américains ne résout pas la question de l'effectivité des droits de l'enfant. De fait, cette question centrale ne peut être résolue par elle-même, c'est-à-dire par l'application simple des normes contenues dans la CIDE. Elle implique nécessairement une approche du contexte dans lequel se meuvent les droits. Il en résulte une problématique plus complexe que celle que les dispositions de la Convention prétendent résoudre. Cela rend, paradoxalement, la question de l'effectivité moins centrale, car les détours que nous emprunterons pour l'aborder aboutissent toujours à une remise en cause, ou au moins en perspective de ces droits.

Réinterpréter la Convention des droits de l'enfant est bien une démarche périlleuse. D'abord parce qu'elle recèle une tentation réactionnaire ou un retour à la fameuse toute-puissance paternelle. Elle l'est également parce que les acquis de la CIDE ne sont que fort peu controversés en Amérique latine. La démarche est à contre-courant. Son principal problème, présenté comme une force par ses promoteurs, est qu'elle fait l'unanimité. Comme l'enfant. Cette unanimité nous paraît suspecte. Les voix critiques, peu écoutées, après la promulgation de la Convention, ont de la profondeur. Pour nombre d'entre elles, la question n'est pas de remettre en cause le but poursuivi : le mieux-être des enfants, mais la focalisation exclusive

⁵⁸Voir www.unicef.org; www.pnud.org; www.cepal.org.

sur les droits subjectifs pour y parvenir. De ce point de vue, la doctrine de la protection intégrale, qui s'érige comme un système de pensée, laisse des questions sans réponse.

Bien peu sont tentés de remettre en cause l'avènement des droits de l'homme au nom de l'humanisme, de leur portée symbolique et aussi, parfois, au nom de leur efficacité. Un retour à la philosophie du droit nous engage à une certaine prudence. Le choc entre la force des principes qui habillent l'enfant d'une armure juridique censée le mettre à l'abri et la réalité qui montre que ces mêmes principes sont violés à peu près partout nous invite à questionner ces droits de l'enfant, à leur demander s'ils sont véritablement la garantie, au moins minimale, au mieux suffisante, d'une amélioration substantielle de la situation des enfants dans le monde et en particulier en Amérique latine.

En d'autres termes, ce qui nous intéresse ce n'est pas tant que des droits soient reconnus aux enfants, mais que ces derniers soient protégés. Ce n'est pas tant que les enfants aient le droit d'aller à l'école, mais qu'ils y aillent réellement.

Dans une première partie, nous mettrons en évidence l'accueil particulier que la CIDE a reçu en Amérique latine. De la Convention internationale est née une doctrine régionale. Cette doctrine est actuellement une source de droit de l'enfance. Nous suivrons le chemin historique qui permit l'élaboration de la doctrine de la protection intégrale. D'abord (Titre 1) nous verrons que l'évolution de la considération de l'enfance a permis l'ébauche des premiers droits. Ensuite (Titre 2) comment ces droits ont, en un temps bref, été absorbés par le droit positif latino-américain, jusqu'à (Titre 3) leur consécration par le système latino-américain de protection des droits de l'homme.

Dans une seconde partie nous verrons que la mise en œuvre de la Convention n'est pas aisée. La principale difficulté est le décalage entre l'abondance de droits et le fait injuste (Titre 1). Ce paradoxe nous invite à revisiter les fondements des droits des enfants pour en déceler des failles théoriques (Titre 2). Elles s'inscrivent dans un contexte où le concept d'Etat de droit est mis à mal, concurrencé par celui de société de droits (Titre 3).

PREMIERE PARTIE

LA CONSTRUCTION D'UN CORPUS JURIS

SPECIFIQUE

L'histoire moderne des droits de l'enfant en Amérique latine a abouti à la reconnaissance d'un *Corpus Juris* des droits de l'enfant. Ce sont les termes employés par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) dans son avis consultatif n°17 du 28 août 2002.

La lente évolution de la condition juridique de l'enfant est étroitement liée à la prise de conscience de ses conditions de vie. L'émotion devant la souffrance a inspiré le droit. Une première étape a été franchie au début du vingtième siècle par la mise en place d'un arsenal juridique destiné à distinguer clairement la justice des mineurs de la justice des adultes. La seconde étape est celle qui a mené à la proclamation de la CIDE. Intégrée dans les droits nationaux latino-américains, la Convention devient en quelques années le point de référence de toute législation sur l'enfance. Le nouveau Corpus Juris des droits de l'enfant consacre le triomphe juridique de l'individu de moins de dix-huit ans.

TITRE 1. - LA CONDITION JURIDIQUE DE L'ENFANT EN AMERIQUE LATINE JUSQU'A L'APPROBATION DE LA CIDE

Nés de traditions différentes, les droits de l'homme en Amérique latine trouvent dans la CIDE l'expression de la synthèse d'un combat où l'Etat et les défenseurs des droits de l'homme dépassent leur opposition pour entrer dans une dialectique génératrice de droits nouveaux. L'irruption au cours du vingtième siècle des droits de l'enfant sur la scène internationale en est l'une des expressions. C'est par le travail dans l'industrie naissante du dix-neuvième siècle que le droit s'intéressera à leur protection en Europe, aux Etats-Unis, puis en Amérique latine. Considérés d'abord comme objets d'une protection nécessaire due à l'exploitation au travail, les enfants deviendront, après 1989, pour les promoteurs de la CIDE, sujets de droits exigibles. La traduction théorique de cette évolution en Amérique latine a été conceptualisée par les doctrines de la situation irrégulière et de la protection intégrale, œuvre de juristes latino-américains. La première a trait aux législations de mineurs en Amérique latine avant 1989, la seconde se réfère aux nouveaux droits de l'enfant issus de la CIDE. La Convention internationale devient la ligne de partage entre un droit tutélaire et un droit de garanties. Cette démarche intellectuelle originale est propre au continent latino-américain.

SOUS-TITRE 1. - L'ENFANT COMME OBJET DE DROIT

Un des apports les plus notables de la CIDE est, selon ses promoteurs, d'avoir fait de l'enfant un sujet de droit. Ils opposent à cette expression l'enfant comme « objet de droit ». Cette opposition est impropre. L'enfant est une personne et à ce titre titulaire de droits et d'obligations quelle que soit la législation en vigueur. L'enfant a donc toujours été un sujet de droit. Le regain d'actualité de l'expression est dû au fait qu'elle suggère que l'enfant est un sujet actif, qui dispose de la faculté de revendiquer seul ses droits. A l'inverse, avant la Convention il était un sujet passif. Les droits s'imposaient à lui. Ce qui est objet de débat est l'étendue du champ des droits et obligations. Jusqu'à la proclamation de Convention internationale, écrivent les promoteurs des droits de l'enfant en Amérique latine, l'enfant était objet de compassion ou objet de répression. Les droits de l'enfant consacrent, sous cet angle, la reconnaissance explicite des droits de l'homme à chaque enfant.

CHAPITRE 1. - DROITS DE L'HOMME ET DROITS DE L'ENFANT

La construction des droits de l'homme en Amérique latine n'a pas été le monopole des Etats. Deux traditions, l'une étatique et l'autre émanant de groupes opposés aux pouvoirs autoritaires se sont alimentées l'une l'autre. Même pendant les périodes autoritaires, la défense des droits de l'homme a fondé son discours sur des principes élaborés et reconnus par les Etats eux-mêmes. Des écrits de Bolivar aux textes constitutionnels actuels, l'esprit et la lettre des droits de l'homme sont constitutifs du paysage juridique du continent.

Section 1. - Deux traditions des droits de l'homme

Il est commun et justifié d'attribuer aux opposants de l'Etat policier une paternité et une autorité sur les droits de l'homme. Elle est réelle et correspond à une tradition ancrée d'opposition au souverain, dont l'évolution a permis à ces groupes d'être des relais efficaces des conventions internationales sur les droits de l'homme. Pourtant, seul l'engagement des Etats, certes perméable aux pressions, a pu juridiquement introduire les droits de l'homme dans le droit positif.

§ 1. - Les droits de l'homme à partir de l'Etat

Les Etats ont donné une force juridique aux droits de l'homme souvent à la suite d'abus caractérisés, de violations massives des droits de l'homme. A partir des premières Déclarations a succédé, au cours du vingtième siècle, une déclinaison des droits de l'homme visant toujours à apporter plus de protection et davantage de garanties aux sujets considérés comme faibles. L'Amérique latine a rapidement emboîté le pas aux Etats-Unis et à l'Europe en intégrant dans ses premiers textes constitutionnels de telles garanties.

A - Filiation des droits de l'enfant aux droits de l'homme

Les droits de l'homme naissent au droit positif avec les Déclarations américaines (1776) et française (1789). Ces textes fondateurs sont le point de départ de plus de deux siècles d'élaboration d'instruments juridiques internationaux visant à définir et à développer les droits de chaque homme. Ces deux Déclarations historiques sont l'oeuvre de gouvernements nés de la résistance devant la domination du souverain, respectivement George III et Louis XVI. Les nouveaux conquérants du pouvoir ont voulu, par des outils juridiques à portée symbolique, que leurs citoyens soient protégés des abus de ce même pouvoir. C'est une sorte de « jamais plus⁵⁹ » ou le pouvoir octroie au citoyen des droits qui marquent les propres limites de son exercice. Ces outils, dont l'influence a été considérable en Amérique latine, ont été inventés et rédigés par des hommes au pouvoir. C'est le cas pour l'ensemble des « Déclarations des Droits » qui forment le droit positif des droits de l'homme. Les droits de l'homme des Etats français et américain ont inspiré au vingtième siècle les droits de l'homme de la Société des Nations puis ceux des Nations Unies. L'Organisation des Nations Unies est composée d'Etats qui parlent au nom des peuples, comme les Constituants parlaient au nom des citoyens. A partir de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, une série de Conventions internationales ont été élaborées touchant les droits des femmes⁶⁰ (1979), des indigènes⁶¹ (1989), des enfants (1989)... La Convention internationale des droits de l'enfant n'échappe pas à cette règle. Proposée par un Etat (la Pologne), elle est ratifiée par des Etats qui s'obligent par le caractère contraignant qu'ils lui donnent. Le préambule de la CIDE marque clairement la filiation des droits de l'enfant aux droits de l'homme, en particulier par la référence à la Déclaration de 1948. Avec la CIDE, les Nations Unies ont voulu délibérément intégrer les enfants dans le mécanisme de protection.

⁵⁹ Jamais plus ou « nunca mas » en espagnol est un slogan récurrent des défenseurs des droits de l'homme contre les dictatures en Amérique Latine.

⁶⁰ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ONU).

⁶¹ Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (OIT).

B - Diffusion des droits de l'homme en Amérique latine

Les premières Déclarations ont eu une influence fondatrice atteignant dès 1793 l'Amérique latine. Les idées des Lumières se propagent grâce à des esprits éclairés. C'est le cas d'Antonio Nariño considéré comme l'un des précurseurs de l'Indépendance en Colombie qui a diffusé avec des moyens précaires la Déclaration française. « Il (Antonio Nariño) en fit quelques quatre-vingt exemplaires qui eurent un immense succès puisqu'il se répandirent comme une traînée de poudre à travers tout le territoire du vice royaume et qu'on signala leur présence en des points aussi éloignés que Quito, Caracas, Carthagène et même au sud du Mexique⁶² ». La portée universelle du texte allait avoir un impact politique important. L'action militante des révolutionnaires, inspirés par ces « feuilles séditeuses » puis guidés par Simon Bolivar, a enraciné les droits de l'homme dans les luttes d'Indépendance. Ils se sont imposés par le combat politique et militaire du « Libérateur ». Fortement influencé par les philosophes des Lumières⁶³, instruit par des précepteurs illustres comme Simon Rodriguez⁶⁴ et Andrés Bello, ami de Miranda, il marque ses conquêtes militaires sur le continent de l'esprit des Lumières et plus particulièrement de l'esprit des droits de l'homme. « (...) Nous ne sommes pas indiens, ni européens, écrit Bolivar, mais une espèce intermédiaire entre les légitimes propriétaires du pays et les usurpateurs espagnols ; en définitive, nous sommes américains par notre naissance et européens par nos droits (...) »⁶⁵. Les indépendances sud-américaines signent, après celle des Etats-Unis, la première victoire dans le continent des idées modernes d'émancipation et de liberté contre le pouvoir en place. Les droits de l'homme continuent leur progression. S'esquissent les premiers « Etats de droit », caractérisés par la séparation des pouvoirs. L'influence des idées révolutionnaires en Amérique latine a été déjà largement établie⁶⁶. La

⁶² T. Gómez, « Antonio Nariño et la Déclaration des Droits de l'Homme, 1789/1989 » in *La Révolution Française, la péninsule ibérique et l'Amérique Latine*, Bibliothèque de Documentation Internationale Contemporaine, CNRS, Réseau Amérique Latine, 1989, p. 64.

⁶³ E. Burgos, « Bolivar en la primera escena de mi memoria », essai in *La Révolution Française* (1989), p. 90.

⁶⁴ Sur la trajectoire originale de Simon Rodriguez voir: E. Galeano, *Apuntes para el fin de siglo*, Lom, Santiago, 1997, p. 22 à 25.

⁶⁵ S. Bolívar, *Lettre de Jamaïque*, Kingston, 6 septembre 1815. La citation est reprise dans le discours d'Angostura 1819.

⁶⁶ L'ouvrage *La Révolution Française, la péninsule ibérique et l'Amérique Latine* (1989) présenté lors de la commémoration du bicentenaire de la Révolution française en est une illustration. « L'influence de la Révolution

tradition étatique des droits de l'homme en Amérique latine trouve son origine dans l'idéal de liberté des républicains créoles. Les premiers textes constitutionnels⁶⁷ latino-américains sont autant d'exemples d'intégration de la philosophie des droits de l'homme dans le droit positif des nations. Naît alors une tradition de formalisme constitutionnel qui sera, par la suite, souvent mis à mal par une réalité où les élites créoles, suivant l'exemple des élites ibériques, continuent de dominer par le fer des populations indiennes et métisses.

§ 2. - Les droits de l'homme en dehors de l'Etat

Pour ces dernières, les indépendances n'ont pas été synonymes de libération. De fait, l'asservissement initial des Indiens par les conquistadores provoque, dès le début de la Conquête une première réaction dans les rangs espagnols.

Les défenseurs des Indiens s'appuieront sur le droit naturel, récemment théorisé, pour critiquer les conséquences de la Conquête. Leur action marque le début d'un processus, jusqu'à maintenant jamais abandonné, de lutte contre l'oppression au nom des droits naturels des hommes. L'exemple récent des oppositions aux dictatures latino-américaines s'inscrit dans cette tradition.

A - La défense des Indiens

Il est une tradition plus ancienne et moins reconnue en tant que telle, née avec la Colonie, qui est celle des défenseurs des Indiens, incarnée par la figure du prêtre dominicain Bartholomé de Las Casas⁶⁸. Bien antérieure aux textes de la France et des Etats-Unis, cette lutte est une clé

française sur le monde ibérique, et plus particulièrement sur l'Amérique latine, est un lieu commun de l'historiographie (...) », commente F. Guerra dans l'introduction, p.15.

⁶⁷ A titre d'exemples : Article 8 de la Constitution de la République Bolivienne de 1826 (écrite par Bolivar) : « La souveraineté émane du peuple » ou Article 1 de la Constitution du Venezuela de 1819: « Sont droits de l'homme la liberté, la sécurité, la propriété et l'égalité. Le bonheur général, qui est la finalité de la société, consiste dans la parfaite jouissance de ces droits ».

⁶⁸ Il serait incorrect de considérer Las Casas comme un opposant au régime. Il s'oppose à la manière dont se développe la Conquête et en appelle à la sagesse du Roi pour y mettre de l'ordre en particulier par le respect du droit des indiens. Voir M. Mahn-Lot, *Bartolomé de las Casas et le droit des indiens*, Payot, Paris, 1982.

pour comprendre l'interprétation latino-américaine des droits de l'homme. Blandine Barret Kriegel développe l'idée que les droits de l'homme ne sont pas nés par la Révolution française, mais dans le droit naturel moderne de l'école de Salamanque⁶⁹ dont l'influence sur les philosophes des Lumières a été établie⁷⁰. Cette tradition naît de la traduction du travail des juristes espagnols dans l'action du prêtre dominicain. Les exactions contre les Indiens sont condamnées au nom du droit naturel. Le philosophe Mauricio Beuchot⁷¹ montre que l'originalité de Las Casas est justement de donner priorité aux Indiens en se fondant sur les développements du droit naturel conceptualisés par l'Ecole de Salamanque. « Ce fut Las Casas, le critique de la modernité, qui a étendu les droits naturels ou droits de l'homme aux Indiens contre l'eurocentrisme régnant ». Avec la défense des Indiens contre le pouvoir, s'impose une action de résistance contre le pouvoir et au nom des droits de l'Homme. Si, peu après la Conquête, la défense des Indiens a également été une préoccupation des Rois Catholiques⁷², l'égalité des droits entre les gouvernés est une notion qui, cinq siècles après son introduction, peine à s'imposer. De fait, la défense des droits des Indiens est d'actualité avec la montée des mouvements sociaux indigènes, qui, au nom de leurs droits, réclament plus de justice, plus de pouvoirs. Les Indiens étaient considérés, comme les mineurs, incapables juridiquement. L'indien était assimilé à l'enfant.

A l'instar des droits de l'enfant, le développement des droits des minorités autochtones est un exemple de la montée en puissance de droits particuliers reconnus par les Nations Unies à un groupe défini. Aujourd'hui la compréhension des groupes « les plus vulnérables⁷³ » est large. Elle inclut « les enfants, les jeunes, les personnes âgées, les autochtones, les minorités, les citadins et ruraux pauvres, les travailleurs migrants, les réfugiés, les personnes atteintes du

⁶⁹ B. Barret-Kriegel, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, Paris, 1989, p. 47.

⁷⁰ Mahn-Lot (1982), p. 258. « Il y a une filiation indéniable des hommes des Lumières à l'Ecole de Salamanque, par l'intermédiaire des universités hollandaises ».

⁷¹ M. Beuchot, « Humanismo indígena y derechos humanos » in *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (UNAM), VI, México, 1994, p. 40.

⁷² J. Dumont, *La vraie controverse de Valladolid*, Critérion, Paris, 1995. L'historien, dans un style polémique et un contenu acquis à l'Hispanité montre qu'Isabelle la Catholique, morte en 1504, s'oppose à l'esclavagisme de Christophe Colomb et des conquistadores.

⁷³ La résolution 52/127 des Nations Unies adoptée le 26 février 1998 portant sur la Décennie des Nations Unies pour l'éducation dans le domaine des droits de l'homme, 1995-2004, et information dans le domaine des droits de l'homme.A/RES/52/127.

virus de l'immunodéficience humaine/syndrome d'immunodéficience acquise et les handicapés (...) ».

B - Droits de l'homme et dictatures

Dans les années quatre-vingt, lorsqu'il y a eu rupture de continuité de l'Etat de droit, le flambeau des droits de l'homme est repris par divers groupes dont l'objectif principal est de rappeler à l'Etat ses obligations envers les opposants au régime. Cela a été le cas des commissions des droits de l'homme dans les pays latino-américains en proie à des régimes autoritaires. Durant cette période la défense de la dignité des opposants se fait au nom des droits de l'homme qui marquent la limite du pouvoir de l'Etat. C'est un frein éthique au pouvoir absolu de l'Etat. Les violations des droits sont dénoncées au nom de principes reconnus par la communauté internationale.

Dans ce sens, les histoires heurtées des pays latino-américains depuis leur indépendance témoignent de cette dialectique des droits de l'homme. Ils servent de justification théorique contre les exactions du pouvoir en place et sont, ensuite, absorbés par le nouveau pouvoir. L'ensemble des Déclarations et Conventions sur les droits de l'homme est souvent le fait d'Etats dont les premiers gouvernements sont directement issus d'une lutte contre l'oppression. Lorsque chutent les dictatures latino-américaines à la fin du vingtième siècle, la refondation de l'Etat se fait encore au nom des droits de l'homme. Elle se fait la plupart du temps par ceux-là mêmes qui les ont défendus, au péril de leur vie, pendant les périodes les plus sombres. En Uruguay, au Chili, en Argentine et ailleurs se créent des commissions « Vérité et Réconciliation » dont l'objectif principal est de mesurer l'ampleur des violations dont ont souffert les opposants aux régimes.

La question de l'enfance l'illustre. Ils ont été victimes des dictatures⁷⁴. En tant que victimes, ils ont suscité un mouvement en leur faveur. Cela ne signifie pas que le discours sur les droits de l'enfant était intégré au discours des défenseurs des droits de l'homme pendant les années autoritaires. De fait, il l'a été à partir du moment où la CIDE s'est imposée. En revanche, c'est au nom des souffrances des enfants, au sens de la filiation comme de la minorité, que sont

⁷⁴ Voir page 129.

nées diverses initiatives de lutte contre le pouvoir. La plus connue étant les mères de la place de Mai à Buenos Aires qui se sont organisées pour retrouver leurs enfants assassinés. Les mères de la place de Mai disent que leurs enfants étaient en vie lorsqu'ils ont disparu et qu'elles veulent les retrouver en vie. Leur insistance introduit la dialectique des droits de l'homme. La victime devient alors moteur d'un mouvement qui allait contribuer en partie à la chute des gouvernements militaires.

Par la suite, le discours alors rejeté par les autorités allait s'imposer aux nouveaux gouvernants. L'annulation des lois d'amnistie en Argentine en 2005 par la Cour Suprême témoigne également de l'imprescriptibilité des droits de l'homme. Votées peu après la chute des généraux, elles limitaient considérablement l'établissement de la justice et de la vérité pour les victimes de la dictature argentine. Leur permanence a été un facteur de dissension entre les organisations de défense des droits de l'homme et les gouvernements successifs.

C'est la raison pour laquelle les nouvelles constitutions américaines sont profondément marquées du sceau des droits de l'homme comme une garantie écrite d'un retour au passé impossible. Les droits de l'homme « contre l'Etat » deviennent alors les droits de l'homme « depuis l'Etat ». C'est l'avènement de l'Etat de droit.

Section 2. - La spirale vertueuse des Conventions sur les droits de l'homme

Depuis les années quatre-vingt-dix, les textes se référant aux droits de l'homme, constitutionnels et législatifs se sont multipliés rejoignant en cela un mouvement mondial encouragé par les Nations Unies.

L'irruption, en moins d'un demi-siècle, de dispositifs contraignants de droit international dans le cadre des Nations Unies a permis aux défenseurs latino-américains des droits de l'homme de s'appuyer sur la communauté internationale, allié providentiel tant pendant les dictatures qu'après. Concernant le droit des enfants, l'alliance entre l'UNICEF et les « défenseurs des enfants » a certainement été un accélérateur de la protection de leurs droits.

§ 1. - La dialectique des droits de l'homme

L'avènement des démocraties dans le continent contribue à la promotion et à l'efficacité des instruments juridiques internationaux des droits de l'homme. C'est l'aboutissement d'un ordre juridique international, mis entre parenthèses par les régimes autoritaires, qui rompt le ghetto des droits nationaux liberticides. En cas de « vacance » des législations nationales protégeant les droits de l'homme, il devient la conscience des nations, s'imposant à elles en cas de violations graves, d'une manière imprescriptible et dans n'importe quel lieu. Il marque les limites des lois d'amnistie votées par des régimes démocratiques en recherche d'une nouvelle cohésion sociale. Ce faisant, il contribue au travail de mémoire et à sa mission de justice.

Né d'accords entre les Etats avec l'aide et la pression de divers groupes (juristes, ONG, défenseurs des droits de l'homme), le droit international des droits de l'homme a pris son autonomie. Il devient en cela une référence supplémentaire qui modifie les relations entre l'Etat et la société, devenant une garantie pour les citoyens et une caractéristique de l'Etat de droit. La progressive insertion des droits de l'homme dans le panorama juridique international témoigne d'une part des excès commis contre les hommes par les gouvernants et d'autre part permet la sanction de ces derniers. Cela favorise l'installation de régimes démocratiques par la constitution d'un corps de principes internationalement reconnus qui s'érigent comme le socle éthique et juridique des Etats de droit. Ces principes sont la marque d'illégitimité permanente des Etats autoritaires.

Cet environnement juridique des droits de l'homme a favorisé dans les cas des dictatures latino-américaines l'accès à la démocratie. Les critiques tant extérieures qu'intérieures fondées sur les Conventions internationales des droits de l'homme érodent la légitimité morale de tels régimes et contribuent à leur chute. Ensuite, ces mêmes principes fortifient les jeunes démocraties.

L'avènement de la démocratie au Chili met en relief ces étapes. Le 25 avril 1988, plus d'une année avant la « campagne du non » qui allait mettre fin à la dictature, Ricardo Lagos, président chilien (2000-2006), dans le programme de télévision « Face au pays » pointait un doigt accusateur dénonçant nommément la responsabilité d'Augusto Pinochet sur les violations aux droits de l'homme du régime militaire. Cette critique courageuse, venant de l'intérieur, a galvanisé les partisans de la démocratie. Elle se faisait le relais d'une mise au ban du régime chilien par de nombreux Etats démocratiques qui, depuis 1973, ont servi de

refuge aux exilés chiliens. Dès 1975, le groupe de travail des Nations Unies sur le Chili avec la Commission interaméricaine des droits de l'homme concluait dans un document commun⁷⁵ que les cas de tortures commis par le gouvernement militaire devaient être poursuivis par la communauté internationale. Après la déroute électorale du régime autoritaire, le 5 mars 1991, le président démocrate chrétien Patricio Alwyn (1990-1994), sur la chaîne de télévision nationale partageait avec le public les conclusions du rapport de la commission « Vérité et réconciliation » sur les violations des droits de l'homme entre 1973 et 1990. Dans une allocution émouvante, le président chilien demandait, au nom de l'Etat, pardon à tous ceux qui avaient souffert. Le rapport Rettig⁷⁶, du nom du sénateur chilien, qui présidait la commission « Vérité et Réconciliation » mise en place par le président Patricio Alwyn, recommande que le contenu pédagogique des droits de l'homme soit présent tant dans les manuels scolaires que dans la culture scolaire. Ils doivent se fonder sur la Convention des droits de l'enfant, poursuit le rapport. Dans les années qui ont suivi, un important travail législatif a permis l'intégration, encore partielle, de la CIDE dans le droit positif.

Il y a donc là une spirale vertueuse qui, si elle est brisée à l'intérieur par un pouvoir autoritaire, se redéploie à l'extérieur surplombant les débats internes. A contrario, si elle est fragilisée à l'extérieur, c'est-à-dire au niveau des Nations Unies, cela ouvre la porte d'une certaine manière à une plus facile légitimité des régimes autoritaires. C'est l'enjeu qui existe autour du renforcement et de la démocratisation des Nations Unies.

§ 2. - La CIDE, synthèse entre les deux courants

C'est ainsi qu'en Amérique latine, après la confrontation avec l'Etat pendant la période autoritaire, s'est instaurée une collaboration autour des droits de l'homme dans laquelle s'inscrit le débat autour du droit des enfants. Nous l'avons évoqué concernant le Chili⁷⁷. La question des droits de l'enfant a été intégrée par les ONG chiliennes dans le cadre global des

⁷⁵ Document des Nations Unies A/31/253, du 8 octobre 1976, paragraphe 511.

⁷⁶ R. Rettig (dir), *Informe de la Comisión nacional de verdad y reconciliación*, volume 1, tome 2, Santiago, 1991, p. 1294.

⁷⁷ Voir page 41.

droits de l'homme dès la proclamation de la CIDE. Précurseur, la « Vicaria de la Solidaridad », créée le 1^{er} janvier 1976 par l'archevêque de Santiago Raúl Silva Henríquez, a développé dès 1990 un programme d'éducation aux droits de l'enfant dont l'objectif principal était de diffuser les droits récemment reconnus par la communauté internationale. La liste des droits présentés sous forme résumée aux enfants étaient⁷⁸ : les droits à l'égalité, à l'amour de tous, à l'alimentation, à la récréation, à un logement, à des soins spéciaux, à un nom et une nationalité, à ne pas être exploité, à la fraternité entre les peuples, à l'éducation.

La CIDE incarne la synthèse entre les deux courants : contre l'Etat pendant la période autoritaire, elle devient un outil de l'Etat après les transitions démocratiques. Sa genèse et également son *modus operandi* mettent en évidence la confluence des deux traditions. En la ratifiant, les Etats donnent aux citoyens le moyen d'un supplément de démocratie en faisant de l'enfant un sujet de droit dont le bien-être dépend, affirme le texte de la Convention, tant de l'Etat que des individus (la famille).

Dans ce cadre, la CIDE sera utilisée par ses promoteurs pour renforcer les démocraties par l'émergence de l'enfant comme sujet de droit et par son rôle induit dans la préservation de l'idéal démocratique.

Si le terrain de la confrontation pendant les dictatures englobait l'ensemble des droits de l'homme, il incluait évidemment les enfants, qu'ils soient directement victimes ou qu'ils subissent la répercussion des souffrances de leurs parents : ce qu'on appelle les victimes de la seconde génération. Les procédures concernant les enfants victimes indirectes de la spoliation des droits de leurs parents illustrent la portée de la protection de leurs droits.

Cette souffrance de l'enfant est celle-là même qui a conduit Eglantine Jebb, en marge de l'action publique, à fonder, en 1919, le « Save the Children Fund » et à être l'initiatrice de la première Déclaration concernant les droits de l'enfant en 1924. C'est cette même souffrance qui poussé le docteur Korczak, polonais, à accueillir les enfants pauvres et à insister pour l'adoption d'un texte international plus complet. Les exemples sont nombreux. De leur côté, sous la pression de la médecine, des sciences sociales, de la religion, de la société, les Etats se sont intéressés à leurs enfants par la création d'hospices, de maisons d'accueil... Ce qui ressort est, de nouveau, la confluence entre deux traditions qui s'alimentent l'une et l'autre et

⁷⁸ Peinture murale réalisée par des enfants dans le quartier de Pedro de Valdivia Bajo dans la ville de Concepción, Chili, photographiée par l'auteur en septembre 1990.

qui trouveront dans l'enfant un point de convergence. L'enfant a été objet de préoccupation, de protection avant d'être le sujet de droit de la CIDE.

C'est là la dynamique de la spirale vertueuse : des individus, dirigeants d'association, syndicalistes, religieux, concernés par la question de l'enfance s'engagent dans des actions solidaires. L'Etat prend le relais et, avec des moyens plus importants, institutionnalise la protection de l'enfant.

L'évolution de la condition juridique de l'enfant naît de cette dynamique, de ce que nous avons appelé les deux traditions des droits de l'homme. L'insurrection devant un fait inacceptable à une période donnée crée une réaction qui est ensuite assumée par l'Etat. Qu'il s'agisse des enfants travailleurs dans l'Angleterre du début du dix-neuvième siècle ou des enfants disparus de la dictature argentine, l'émotion précède l'action privée. Suit l'action publique réparatrice et punitive. Elle produit des principes qui à leur tour sont consacrés par la norme. Ce processus a été considérablement accéléré par la mise en place d'institutions qui, sous l'égide des Nations Unies ont pour mission principale de veiller au respect des accords pris entre les Etats. L'histoire de la protection des enfants a, schématiquement, suivi ce chemin. C'est une spirale vertueuse.

CHAPITRE 2. - DE L'ENFANT PRECOLOMBIEN AU MINEUR

L'aboutissement logique de la découverte des droits de l'homme par les grandes Déclarations du dix-huitième siècle n'était pas nécessairement l'orientation vers la création de droits particuliers. En d'autres termes, le fait, qu'aujourd'hui les droits de l'enfant fassent partie pleinement du *Corpus Juris* des droits de l'homme répond à la conjonction de deux éléments principaux. La lente progression des droits s'est produite en parallèle avec l'irruption de l'enfance comme sujet de préoccupation. De fait, la perception de l'enfance comme catégorie distincte est tardive. C'est à partir du moment où l'enfant devient utile à la société que le droit s'intéresse davantage à sa protection.

Section 1. - Perceptions précolombiennes

Des institutions telles que l'héritage, la tutelle, la filiation montrent que les enfants, depuis le droit romain au moins, n'étaient pas en dehors de toute considération juridique, tant s'en faut. Ce qui grâce au droit écrit est avéré, l'est aussi, mais de manière moins palpable, dans les droits précolombiens. L'héritage historique de l'enfant latino-américain est, en effet, composite. Des centaines de civilisations indiennes, des immigrants européens, asiatiques, des esclaves noirs, des créoles l'ont façonné au cours des générations. Cet héritage métissé a été assumé par les droits européens, puis par le droit latino-américain. De ces enfances plurielles, le droit a apporté une vision unificatrice.

§ 1. - Héritage historique

L'histoire de l'enfant latino-américain n'est pas celle de l'enfant européen. Cette affirmation est importante, car l'influence européenne sur les travaux des historiens latino-américains masque parfois cette spécificité. Tenter d'approcher la population enfantine originaire du

continent aide à amorcer une réflexion sur l'universalité de la conception de l'enfance et par ricochet sur l'universalité des droits qui lui sont octroyés.

A - Indices oubliés du droit précolombien

Comment était perçue l'enfance dans les civilisations précolombiennes ? Y a-t-il aujourd'hui des traces du sentiment d'enfance précolombien ? Quel rôle jouent-elles ? Y avait-il par exemple un droit spécifique de l'enfance ? Le professeur de l'université de Costa Rica, Carlos Tiffer Sotomayor⁷⁹, affirmant l'existence d'un droit Aztèque, Maya ou Inca, reconnaît les lacunes des recherches concernant une possible législation spéciale concernant les mineurs.

« La reconstruction de l'histoire latino-américaine de l'enfance pendant la période précolombienne attend toujours son auteur »⁸⁰. Cette incise de García Méndez sur l'enfance précolombienne (il s'agit d'une note de bas de page) ouvre un sujet d'étude qui peut apporter un éclairage différent sur l'histoire de l'enfance latino-américaine comme Ariès a pu le faire pour l'histoire de l'enfance sous l'Ancien Régime.

Il n'est pas aisé de retrouver la trace de l'enfant et la trace du droit dans les civilisations précolombiennes. Cette absence dans l'historiographie et dans l'étude de l'enfant en Amérique latine est suspecte. L'historien suit, à rebours, le même chemin que le conquistador. Le terme « enfant précolombien » est impropre, car les cultures indiennes étaient hétérogènes et restent fort mal connues. Ce n'est pas dans les rares codes préhispaniques qui nous sont parvenus que nous trouvons des informations, mais plutôt dans les codices élaborés peu après l'arrivée des conquistadors dont l'objectif était de recompiler les anciennes coutumes. Il est avéré, par les premiers chroniqueurs espagnols, dont en particulier Bernardino de Sahagun, que les sociétés précolombiennes et en particulier les sociétés mayas et aztèques disposaient de lois codifiées, incluant un droit de la famille. Ce droit n'a pas été éliminé à l'arrivée des Espagnols et nombre de coutumes ont été intégrées aux Lois indiennes, dans la mesure où elles ne nuisaient pas aux intérêts et aux principes de la couronne. Les procès, qui opposaient

⁷⁹ C. Tiffer Sotomayor, « Derecho penal de menores y derechos humanos en América Latina », *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, año 7, n°10, Costa Rica, 1994. (en ligne) <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/tiffer10.htm>.

⁸⁰ García Méndez (1992), p. 18.

Indiens et Espagnols, sont une autre source d'information importante sur le droit précolombien dans la mesure où les coutumes anciennes pouvaient être invoquées.

Dans les cultures précolombiennes⁸¹ (aztèques, mayas et incas), les enfants étaient accueillis avec tendresse. Dès la grossesse se développait un certain nombre de rites pour accueillir le futur nouveau né issu d'un monde prénatal riche en symboles. La majorité de ces rites avaient pour objectif de souhaiter le meilleur pour l'enfant. Ainsi commençait la transmission de la culture orale. Le prestige social et religieux était associé à la fonction de procréation. D'une manière générale, chaque société établit un contrôle sur la procréation. Point de liberté dans ce domaine, tant dans les cultures précolombiennes que dans les sociétés modernes : l'enjeu est la survie de l'espèce. Il est trop important pour être laissé aux familles.

La culture aztèque par exemple, révèle Shein, semble être la plus « attentive » à l'arrivée d'un enfant qui était reçu par la mère et par une sage femme. Toutes deux avaient un contact étroit. La sage-femme coupait le cordon ombilical et élevait l'enfant en lui parlant. Les enfants handicapés étaient abandonnés. En revanche, chez les Incas, la future mère est seule pour l'accouchement ou bien accompagnée d'une autre mère qui a déjà vécu cette expérience. Pour les Aztèques, le soin que les mères donnaient aux enfants était constant. Ces derniers étaient nourris exclusivement par leur mère sans exception jusqu'à l'âge de trois ou quatre ans.

L'éducation des enfants était liée à l'apprentissage du culte des dieux. Phénomène original dans l'histoire, nous enseigne Max Shein, les enfants disposaient de leur propre dieu : Ixlilton⁸². Le culte se transmettait du père vers le fils et de la mère vers la fille, par des discours éloquents dits « conversation des anciens ». Cette éducation débutait relativement tôt, juste après le sevrage. Les rôles étaient fortement marqués : les garçons allant aux champs et les filles vers des tâches domestiques. Tous se rendaient au temple pour recevoir une instruction morale et religieuse jusqu'à l'âge de six ans. Ils se réunissaient dans un lieu nommé « la maison des chants » où ils apprenaient par cœur les rites et les chants religieux ainsi que les danses collectives et l'ensemble des éléments qui constituent la mémoire et l'identité de chaque communauté. « Bien que considéré comme des petits adultes disposant de

⁸¹ Le développement qui suit doit beaucoup au livre du docteur Max Shein, *El niño precolombino*, Villicaña, Mexico, 1986.

⁸² Ce dieu noir pourrait être plutôt le dieu de la médecine. Les recours à des divinités protectrices des enfants sont encore d'actualité. Les divinités Ibejis (tribu des Orixas, Brésil) protégeaient les enfants jusqu'à douze ans des maladies. Voir S. Chioussé, *Divins thérapeutes la santé au Brésil revue et corrigée par les Orixas*, Thèse de doctorat nouveau régime en sociologie, anthropologie sociale sous la direction du Professeur François Raveau, EHESS, Paris, juin 1995, version révisée 1999, p. 281. (en ligne) <http://tel.ccsd.cnrs.fr/>

tous leurs droits depuis la naissance, les enfants étaient traités avec une grande affection et étaient surnommés, bijoux sans prix ou plumes précieuses⁸³ ».

Nous savons par ailleurs que le droit maya⁸⁴ comportait des dispositions sévères concernant les châtiments corporels⁸⁵. Le code Mendocino (1535-1550)⁸⁶ n'excluait pas les punitions pour les enfants entre sept et dix ans, en revanche le Code de Nezahualcoyolt dispensait de peine les enfants de moins de dix ans. Cette disposition a été reprise par les Lois indiennes qui instituaient l'irresponsabilité pénale pour les enfants de moins de dix ans et demi.

B - Références occidentales

Concernant la période précolombienne, les recherches scientifiques sur la condition de l'enfant sont rares. Ceci est dû sans doute au peu de matériel écrit disponible. Et curieusement, ce sont les thèses de Philippe Ariès fondées sur des représentations picturales de l'enfance européenne qui seront citées par les promoteurs des droits des enfants pour évoquer l'absence de représentation de l'enfance en tant que telle. Cette insistance sur « l'absence d'enfance », caricature de la thèse Ariès, est utilisée pour des raisons pratiques. Elles permettent paradoxalement de se désintéresser de l'enfance « ancienne » et, ainsi, contribuent à rendre absolu le concept de l'enfance « actuelle ». Il s'agit d'un absolutisme qui rend plus facile le passage aux droits universels de l'enfance. L'ensemble des intellectuels qui se sont intéressés aux droits de l'enfant en Amérique latine fait systématiquement, lorsqu'ils abordent l'histoire de l'enfant, référence aux thèses de l'historien français. A contrario, l'enfant indien dans la période précolombienne est, nous l'avons signalé, oublié par la recherche.

⁸³ Shein (1986), p. 50.

⁸⁴ Orienté davantage vers l'harmonie et l'équilibre plutôt que la justice ou la loi, le droit maya ne peut être saisi qu'en appréhendant la cosmovision maya ce qui nous éloignerait trop du sujet de notre étude. Nous nous limitons donc à faire référence à ce champ d'études encore largement inexploré.

⁸⁵ R.L.Villanueva Castilleja, « El ministerio publico y los menores infractores » in *El ministerio publico en el distrito federal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas n°84, México, 1997, p. 168 à 169.

⁸⁶ Ce code porte le nom du vice-roi Mendoza qui avait ordonné à des lettrés indiens de traduire leurs propres lois.

Il est avéré que les travaux Ariès ont largement contribué à l'intérêt nouveau des historiens pour l'enfance. Ils sont désormais le passage incontournable, controversé ou non, de toute démarche historique sur l'enfance. A contrario, l'absence de travaux sur l'enfance précolombienne et plus tard sur l'enfance indienne⁸⁷ est révélatrice d'une conception univoque de l'enfance, source de futures incompréhensions concernant l'application de la CIDE. Manque de documentation et manque d'intérêt, cette absence, elle, est réelle dans l'historiographie.

§ 2. - Héritages linguistiques

L'étymologie du mot enfant se définit, en latin par ce qu'il ne peut pas faire, en particulier, parler. Elle est souvent utilisée pour illustrer, à tort dans bien des cas, l'absence de prise en considération de l'enfance. Elle marque la sujétion de l'enfant au *pater familias*.

Comment les Indiens d'Amérique appelaient-ils leurs enfants ? Un rapide détour par le vocabulaire sur l'enfance aide à percevoir des représentations de l'enfant différentes de celle qui a servi pour fonder une conception universelle.

Concernant la représentation de l'enfant, les cultures précolombiennes ont légué un grand nombre de langues. Plus que dans la représentation picturale étudiée par Ariès, c'est dans le vocabulaire que l'on peut mieux observer la spécificité de l'enfant indien⁸⁸. Dans la langue quechua moderne, l'enfant se définit par ses progressives acquisitions : par exemple, le *puñuqllaraq* est le bébé qui passe son temps à dormir, le *lat'aq wawa* est l'enfant qui commence à ramper, le *yuyaychayoq* est l'enfant de trois ans qui commence à se rendre compte de ce qui se passe autour de lui. Vers sept ans il est nommé *yuyay huntasqa* ou celui qui a complété la raison. Cette particularité du vocabulaire moderne se retrouve dans les écrits anciens⁸⁹. La « Nueva Cronica » de Guaman Poma utilise le terme de *llucac uarmi uaua* qui

⁸⁷ En 1933, l'IUPI, allait pour la première fois s'intéresser à l'enfant indigène et lancer une « enquête sur l'enfant indigène américain ». Son rapporteur Emilio Fournié introduisait son rapport en se lamentant sur l'ignorance de la réalité indigène tant en Europe qu'aux Etats-Unis. Voir : Scarzanella (2003).

⁸⁸ Les développements concernant le sens du mot enfant en quechua proviennent de R. Sanchez Garrafa, V. Ochoa Villanueva, *La pertinencia cultural en textos escolares*, Proeib Andes, Universidad Mayor de San Simon, Lima, août 2001, p.27 à 32.

⁸⁹ F. Guaman Poma de Ayala, *Nueva Cronica y buen gobierno* (1615). La digitalisation de l'oeuvre de Guaman Poma a été réalisée par la Royal Library, Copenhague en mai 2001 (en ligne) www.kb.dk/elib/mss/poma/.

signifie les fillettes qui rampent⁹⁰ ou bien *puillacoc uamra* soit les enfants qui jouent (cinq à neuf ans), le *tocllacoc uamracuna* est l'enfant de neuf à douze ans qui commence à chasser.

Pour Sanchez et Ochoa, la vision actuelle des peuples quechuas et aymaras sur les enfants est proche de celles de leurs ancêtres.⁹¹ Elle se caractérise en particulier par le fait que l'enfance est une étape différente de la vie de l'adulte avec un statut précis correspondant à l'âge. L'enfant est soumis et dépendant de ses parents. Il est très tôt, vers l'âge de sept, huit ans mis au travail pour contribuer à l'économie familiale.

Cet aperçu rapide du vocabulaire⁹² témoigne simplement d'une représentation particulière de l'enfant dans le Sud andin du Pérou. Les auteurs de l'étude, qui prônent une éducation bilingue pour les enfants, insistent sur l'appartenance à la communauté et sur le rôle éducatif de cette dernière. Cet élément communautaire est juste évoqué dans la CIDE. Oubli ou absence, ce qui importe est de mettre en évidence le danger de l'uniformité. Cette incise sur l'enfant andin et son ancêtre précolombien si elle est rapportée au droit met en jeu un élément nouveau qui est le relativisme culturel. Peut-il y avoir des droits identiques pour des enfants différents ? Les lois sont les mêmes pour tous, certes, mais « tous » sont parfois tellement différents que la loi perd soit son sens, soit laisse de côté une partie non négligeable du public auquel elle s'adresse⁹³. Ici réside l'une des principales critiques à l'encontre de la construction onusienne des droits de l'enfant.

Section 2. - L'enfant sous la colonisation espagnole

Les conquistadores s'imposent en Amérique latine par la force et par le droit. Toutefois, le droit nouveau de la Couronne n'efface pas les anciennes coutumes. Elles seront, en particulier

⁹⁰ Le verbe « gatear » est utilisé. Nous dirions qui marche à quatre pattes (comme un chat).

⁹¹ Sanchez et Ochoa (2001), p. 24.

⁹² Ajoutons que les langues indiennes sont souvent extrêmement précises concernant la parenté. Par exemple la langue p'urhépecha distingue les petits enfants selon leur degré de descendance, Cristina Monzón, « Términos de parentesco p'urhépecha en tres documentos del siglo XVI : resultados iniciales », El Colegio de Michoacán / México in *Amerindia* n°21, 1996. Cet article met l'accent sur l'hypothèse d'un droit de la filiation complexe. Voir également Nicolas Journet, « Hommes et femmes dans la terminologie de parenté curripaco », *Amerindia* n°18, 1993. (en ligne) http://www.vjf.cnrs.fr/celia/FichExt/Am/A_18_02.htm

⁹³ La question du relativisme culturel est développée page 356.

en ce qui concerne le droit de la famille, intégrées au corps juridique. L'Eglise et l'Etat seront producteurs et gardiens de ce droit hybride. Le droit se confond alors avec la morale. Ce qui est bon pour les enfants est juste.

§ 1. - Le droit suit les conquistadores

D'un point de vue juridique, il est convenu de noter que le droit coutumier n'est pas abrogé, mais en partie réintégré dans les lois indiennes⁹⁴, ce qui peut être interprété comme des prémices de ce droit latino-américain cumulatif et réceptacle de nombreuses influences dans le sens ou le décrit le juriste vénézuélien Arturo Uslar-Pietri⁹⁵.

Il s'agit d'un droit « alluvionnaire » et « hybride » qui se construit de manière continue depuis l'époque coloniale et surtout à partir de l'époque nationale dans l'Amérique hispanique. D'autres, comme le professeur de droit pénal Eugenio Zaffaroni, parlent de chaos juridique provoqué par la mauvaise copie de codes étrangers.

Devant la spoliation généralisée des droits des Indiens, quelques voix se lèvent. Elles auront pour conséquence une préoccupation de la Couronne pour le sort des Indiens. Malgré, le peu d'impact des mesures de protection, elles marquent le droit indien donnant naissance à l'idée de protection juridique des plus faibles. Les lois indiennes ont été imposées aux populations autochtones faisant d'elles d'une certaine manière une caste « d'intouchables », corvéables à merci, de la société hispanique. Le droit indien se réfère à l'ensemble des normes juridiques en vigueur aux Amériques pendant la période de domination espagnole. Il comprend le droit indigène, le droit de Castille et les normes spécialement promulguées pour le continent. Dans ce sens, une des premières ordonnances, dites de Burgos, avait pour objectif, à la suite de plaintes du dominicain Antonio de Montesinos, de protéger les Indiens au nom de leur humanité⁹⁶. On retrouve ici la dialectique des droits de l'homme « depuis l'Etat ». Bartolomé

⁹⁴ « Nous gardons les lois que les Indiens avaient autrefois pour leur gouvernement et celles qu'ils ont faites ensuite » Carlos V, 1555, *lettre dirigée aux caciques (chefs indiens) de Veracruz*, in M. Menegus Bornemann, « La costumbre indígena en el derecho indio (1529-1550) », *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volumen IV, Mexico, 1992 p.151.

⁹⁵ A. Uslar-Pietri, *En busca del nuevo mundo*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 2ème édition, 1981 p. 24.

⁹⁶ « Ne sont-ils pas des hommes ? » interroge avec virulence Montesinos dans un sermon devenu célèbre du 14 décembre 1511. Antonio de Montesinos a eu une influence déterminante sur Las Casas. La défense des Indiens se fait au nom de leur humanité et non au nom de leur indiannité. Par ailleurs, Les motivations pour « protéger

de las Casas qui voyait dans les Indiens des hommes libres, égaux en cela aux Espagnols oppose le droit naturel aux lois communes. Son insistance a abouti aux « Nouvelles Lois » de Carlos V édictées en 1542⁹⁷, puis, en 1550, à ce qu'on a appelé « la controverse de Valladolid⁹⁸ ». C'est l'une des premières expériences de reconnaissance du droit naturel par le droit positif. Ces lois, favorables aux Indiens et fort peu appliquées ont été abrogées rapidement devant l'opposition des conquistadores. « Pas plus les lois de Burgos (1512-1513) que les Lois Nouvelles (1542-1543) (...) ne réussiront à enrayer l'exploitation effrénée des populations indigènes⁹⁹ ». La Couronne tentera un équilibre entre le droit commun et le droit naturel concédant la liberté aux Indiens et exigeant leur acceptation de la souveraineté espagnole. Le droit indien se fige en 1680 avec l'édition de la Recompilation des Lois indiennes qui consacre ce principe. L'impact des mesures de protection juridique des Indiens voulues par la Couronne a eu surtout une portée symbolique. L'antagonisme fort entre le droit et le fait marquera profondément l'histoire législative latino-américaine et en particulier l'histoire des droits de l'homme.

La préoccupation des Rois Catholiques concernant les terres conquises est sans doute moins connue que les faits et méfaits des conquistadores sur ces terres. En faisant de l'indien un objet de protection de la part du souverain le droit indien rapproche en cela l'enfant de l'indigène : deux groupes qui ont été au vingtième siècle objet de Conventions internationales. Comme nous l'avons signalé dans l'introduction, l'abus induit la règle. L'exploitation des Indiens pendant et immédiatement après la conquête a donné lieu à un corps de lois et de normes dont l'objectif était de les protéger. Dans la Carta Magna de los Indios, le dominicain Francisco de Vitoria reconnaît non seulement l'humanité des Indiens, mais également leur légitimité sur leurs terres et leur droit de propriété. Il justifie la conquête par la libre circulation des personnes et des biens et la diffusion de la culture chrétienne. Ces voix, à l'époque, étaient minoritaires.

les Indiens » provenaient également de la crainte que les péchés commis dans le Nouveau Monde empêchent la salvation de leurs auteurs.

⁹⁷ Lois promulguées à Barcelone le 20 novembre 1542 dont la principale mesure pragmatique est la suppression du système d'encomienda (sorte de système féodal d'utilisation des terres).

⁹⁸ Convoquée par Charles Quint en 1550, la controverse de Valladolid opposant le dominicain Las Casas au théologien Sepulveda a eu pour objet de réfléchir sur la justification de la Conquête.

⁹⁹ T. Gomez, *L'invention de l'Amérique*, Flamarion, Paris, 1992, p. 175.

Laissons de côté les discussions sur la légitimité de la conquête pour garder l'interprétation qui en est communément faite comme une spoliation généralisée des droits des Indiens. Dans la mesure où l'Indien sert le conquérant, il devient utile pour la production de richesse donc objet d'un droit qui doit le conserver jusqu'à son remplacement par une autre force de travail. Elle viendra de l'Afrique asservie puis de l'Europe affamée.

Le droit de la famille dans le droit indien est une copie du droit espagnol, lui-même largement influencé par le droit canonique. Une des particularités du droit indien est d'établir des distinctions précises entre les différents groupes sociaux: espagnols, créoles, indigènes, ce qui a une influence directe sur le droit de la famille. Le droit indien a donc été, depuis les Rois Catholiques, particulièrement influencé par les théologiens, en particulier en ce qui concerne la protection des faibles. Dans le même mouvement, l'institution du mariage est promue et protégée. Il est considéré comme le fondement de la famille. Les naissances hors mariage sont fortement critiquées. Le mariage est également protégé des mélanges entre Indiens et Espagnols. La polygamie est poursuivie. Ce droit de la famille aura pour conséquence dans l'ensemble de l'Amérique espagnole un nombre important d'enfants illégitimes et dans ce groupe, d'enfants abandonnés ou élevés par d'autres que les parents.

§ 2. - La situation de l'enfant dans la colonie

Dans le Nouveau Monde comme en Europe, les taux de mortalité des enfants sont élevés, les moyens pour prendre soin d'eux réduits. Cela implique de nombreux abandons d'enfant. La réponse institutionnelle sera double : promotion de la famille légitime et assistance aux enfants abandonnés.

A - Abandons et infanticides

Les statistiques concernant la mortalité des enfants sont rares dans l'Amérique coloniale. On considère généralement qu'il y avait un fort taux de natalité, un fort taux de mortalité et une croissance lente de la population.

L'historien chilien René Salinas, en se référant au Chili colonial, parle de l'histoire des enfants comme l'histoire de naissances et de morts. Cette observation est aussi justifiée pour l'Europe jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle. « Les probabilités d'atteindre la vie adulte étaient très limitées pour tout nouveau né¹⁰⁰ ». La famine, les maladies, la misère, l'infanticide, l'abandon d'enfant ont contribué à cette mortalité infantile élevée. La mort d'un enfant, poursuit l'historien, était banale ce qui atténuait l'émotion devant la perte. Les taux élevés de mortalité expliquent en partie le peu d'importance donnée à la petite enfance. Dans le village de Casablanca (Chili central) sur 758 enfants nés entre 1765 et 1774, cinq pour cent mourraient dans les quinze premiers jours et dix pour cent au cours de la première année. Dramatique également était le cas d'abandons d'enfant. « De nombreux parents ont rejeté leurs enfants en les envoyant soit dans d'autres foyers, soit en les abandonnant à la charité publique¹⁰¹ ». L'auteur, analysant les registres de maisons d'enfants abandonnés insiste sur le fait que les abandons touchaient davantage les filles que les garçons. La thèse de Maria Himelda Ramirez sur les abandons d'enfants à Bogotá est plus détaillée et nuancée¹⁰². Selon son étude, les registres de la « Maison des enfants exposés » de Santa Fe de Bogota montrent une présence majoritaire de garçons entre 1642 à 1739, date à laquelle la tendance s'inverse. Dans la période considérée (1685/1752), la mortalité infantile de la maison des enfants abandonnés de Bogotá varie de vingt à cinquante pour cent¹⁰³.

L'abandon était une solution à un conflit (impossibilité de nourrir un enfant supplémentaire, se défaire d'un enfant illégitime...) et une alternative à l'infanticide réprimé par la loi. Infanticide et abandon étaient deux formes de contrôle des naissances dans les sociétés coloniales¹⁰⁴. Ils s'inséraient dans un contexte où les relations conjugales et les relations filiales étaient fortement codifiées.

¹⁰⁰ R. Salinas Meza, « La historia de la infancia, una historia por hacer », *Revista de historia social y de las mentalidades* n°5, Santiago, 2001, p. 12.

¹⁰¹ Salinas (2001), p. 14.

¹⁰² M. Himelda Ramírez, *Las diferencias sociales y el género en la asistencia social de la capital del Nuevo Reino de Granada, siglos XVII y XVIII*, Doctorat d'histoire de l'Amérique, sous la direction de Lola G. Luna, Université de Barcelone, Département d'Anthropologie sociale et d'Histoire de l'Amérique et d'Afrique, Barcelone, 1998, p. 225.

¹⁰³ En France, au milieu du dix-neuvième siècle, on retient généralement qu'un enfant sur deux mourait avant d'atteindre l'âge d'un an.

¹⁰⁴ Le secrétaire de la société colombienne d'histoire de la médecine Hugo Armando Sotomayor Tribin ajoute comme formes de régulation des naissances dans les sociétés précolombienne et coloniale : l'allaitement prolongé, l'avortement, l'abstinence sexuelle in « El infanticidio y abandono de niños en Colombia desde los

Vers la fin de l'époque coloniale, les parents avaient l'obligation d'élever leurs enfants¹⁰⁵, ce qui impliquait de les loger, les blanchir, les nourrir, les éduquer. Ce devoir était dévolu à la mère jusqu'à trois ans, puis au père ensuite. Les enfants devaient « aimer, honorer et aider » leurs parents, ce qui se concrétisait par une obligation d'obéissance. Seuls quatre motifs pouvaient légalement permettre à l'enfant de s'y soustraire : si ce qu'on lui demandait était un péché, s'il encourait un danger pour sa vie, si le châtement était trop cruel et sans pitié, si les parents demandaient à une fille de se prostituer. L'étude de la jurisprudence, signale Viviana Kluger, historienne du droit, montre que, dans le vice royaume du Rio de la Plata, créé en 1776, (qui comprenait l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay, l'Uruguay et une partie de l'actuel Brésil), les relations parents enfants étaient problématiques. Nombreux sont les cas où une des deux parties tentait, devant le juge, de se soustraire aux obligations légales en raison précise l'auteur d'une nouvelle conception de l'individu fondée sur l'idée de liberté.

Les obligations des parents ne s'appliquaient que pour les enfants légitimes ou reconnus. Ils étaient minoritaires dans l'ensemble du territoire concerné.

B - L'Eglise et l'Etat

L'Eglise d'abord, puis la Couronne, se sont intéressé à cette enfance illégitime. La première pour des raisons d'ordre religieux et moral, la seconde pour des raisons sociales.

L'Eglise et la Couronne se sont, dès le début de la Conquête, préoccupées d'apporter une certaine protection aux plus pauvres. Concernant les enfants, il faut voir dans la dévotion à l'Enfant Jésus un appel du clergé à la préoccupation pour les enfants abandonnés conformément au texte du Nouveau Testament qui montre l'option du Christ pour les enfants¹⁰⁶. « La dévotion à l'enfant Jésus a été popularisée par l'art religieux espagnol et

tiempos prehispánicos a los republicanos », Société colombienne d'histoire de la médecine, Allocution faite dans la réunion du 14 juillet 1999. (en ligne) <http://www.margen.org/social/soto.html>.

¹⁰⁵ Le développement qui suit est tiré de V. Kluger, « Amar, honrar y obedecer en el virreinato del Río de la Plata: de las reyertas familiares a los pleitos judiciales », in *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volume XV, Mexico, 2003 (en ligne) <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt15.htm>

¹⁰⁶ Marc 10, 14-15 « Laissez venir à moi les petits enfants (...) Quiconque ne recevra pas le royaume de Dieu comme un petit enfant n'y entrera point » et Luc 18, 15-17 Matthieu 19,13-15. Cette théologie de l'enfance doit être nuancée. Pendant longtemps le nourrisson était « mal vu ». Il portait en lui le péché originel comme le résume cette formule du cardinal de Bérulle « même si l'enfant rappelle l'Enfant Jésus, l'enfance est le plus vil

américain (...). La diffusion des scènes des premières années de Jésus renforce la revalorisation des sentiments envers l'enfance de telle manière qu'elle devient plus visible dans les nouvelles propositions iconographiques¹⁰⁷ ». L'étude de Maria Himelda Ramirez fait écho aux thèses de Philippe Ariès pour la période coloniale de l'Amérique Hispanique. La préoccupation pour l'enfance naît, donc, d'un intérêt religieux qui se concrétise par l'ouverture d'hôpitaux, de maisons d'accueil pour les enfants abandonnés. Le rôle des ordres religieux et des confréries de laïcs est également un élément important de cette « action sociale ». D'un point de vue plus négatif, la morale chrétienne a certainement contribué à une discrimination importante entre enfants légitimes et enfants nés en dehors du mariage. Ces derniers pouvaient représenter la majorité des naissances. Cette distinction recoupe celle des futures législations entre mineurs et enfants, les premiers étant les enfants abandonnés, délinquants le plus souvent illégitimes et les seconds, les enfants de familles aisées. Le projet de l'Eglise en Amérique latine était l'établissement de la Chrétienté dans le Nouveau Monde suivant le modèle médiéval. Dans cet esprit, le pauvre était vu comme objet de la salvation¹⁰⁸ du riche. C'est ainsi que de nombreuses œuvres sociales dont les maisons d'accueil d'enfants abandonnés de l'église ont été fondées par des femmes de la haute société coloniale. Les valeurs morales transmises par l'Eglise seront une « diabolisation de toute forme d'érotisme vécue en dehors du sacrement de mariage¹⁰⁹ ». Les « enfants du péché » sont condamnés. Cela a contribué, au-delà du dénuement matériel des enfants abandonnés, à les marquer socialement. Plus tard, malgré l'effort de la Couronne en 1794¹¹⁰ pour déclarer légitimes¹¹¹ tous les enfants abandonnés et exposés, l'élite sociale et catholique continuait de discriminer toutes les personnes illégitimes, de naissance inconnue et d'« origine ethnique douteuse ». Il

et le plus abject de la nature humaine après celui de la mort », cité par B. Schnapper, « le temps des poupards : le bébé au dix-neuvième siècle », *Revue Autrement*, n°72, Paris, septembre 1985, p. 85.

¹⁰⁷ Ramirez (1998), p. 149 à 150.

¹⁰⁸ Sur le rôle de la Chrétienté et du pauvre comme objet de salvation du riche voir Maximiliano Salinas, *Historia del pueblo de Dios en Chile*, Cehila, Rehue, Santiago, 1987, p. 46 à 47. Salinas cite le prédicateur espagnol Saint Vicente Ferrer : « le Christ donne la richesse au riche pour que grâce à l'aumône, il obtienne sa salvation ». De nombreuses propriétés explique l'historien, ont été par testament remises à l'Eglise, en vue d'une salvation du donateur.

¹⁰⁹ Salinas (1987), p. 36.

¹¹⁰ Décrets Royaux de 1794 et 1796 de Charles IV.

¹¹¹ Il est probable que ce décret ait été motivé par le fait que certains enfants abandonnés provenaient de la bourgeoisie.

faut inclure dans ce groupe les enfants d'esclaves qui ne pouvaient avoir de père reconnu, ce qui constituait juridiquement une absence de filiation.

Que ce soit l'institution du mariage ou les questions touchant à la filiation, les importantes discriminations n'ont pas été abolies par les nouveaux pouvoirs révolutionnaires qui ont mis fin à l'empire espagnol. Concernant l'Eglise hiérarchique, elle s'est rangée du côté des Espagnols contre les républicains, puis du côté des conservateurs contre les libéraux, et au vingtième siècle, majoritairement, du côté des dictatures. Historiquement, l'Eglise s'est occupée des enfants qu'elle a contribué à marginaliser. L'Etat fera de même avant les enfants de l'industrialisation.

Section 3. - Naissance du droit des mineurs

Les questions de la « protection » des enfants abandonnés et plus généralement de la condition juridique des enfants ont été réinterprétées dans les premiers codes civils qui consacraient le mariage et l'autorité paternelle. La transformation de la société au dix-neuvième siècle allait ajouter une catégorie nouvelle : celle des enfants travailleurs.

Avec quelque temps de retard sur l'Europe, l'Amérique latine s'inquiète de la situation des enfants travailleurs. L'espagnol a été chassé. Le droit qu'il a laissé évolue. L'idée de liberté, issue de la Révolution Française et dans une moindre mesure celle d'égalité font leur apparition. Elles se traduisent pour l'enfant par les premiers textes limitant les heures passées au travail.

§ 1. - L'enfant au travail

Le droit tentera de limiter les abus et d'encadrer l'utilisation de la main d'œuvre enfantine. Le travail dans les mines d'abord, puis dans l'industrie naissante entraînera des bouleversements dans la situation de l'enfant et la structure de la famille. Un nouveau regard sur l'enfant, guidé par les progrès de la médecine, fixera la catégorie d'enfant comme objet de protection.

A - Le droit protège l'enfant travailleur

La conquête d'un continent, nommé par les hasards de l'histoire Amérique¹¹², a transformé les peuples indiens en main d'œuvre au service de la Couronne et des propriétaires terriens. Les abus dont ils ont été aussitôt victimes ont été régulés par la Loi sous la pression des premiers défenseurs des droits de l'homme indien. Ce phénomène s'est reproduit pour la conquête industrielle. Le développement de l'industrie a exigé une main d'œuvre abondante qui incluait les enfants. Rapidement elle aussi, a été victime de mauvais traitements et, sous la pression des ouvriers organisés en syndicats, la loi a essayé de réguler les conditions de travail et en particulier celles des enfants. Figure devenue alors directement utile pour la société, l'enfant est « entré » dans la loi. Certes, il n'en est pas absent avant la révolution industrielle. Nous avons vu que des normes (que l'on retrouve tant dans la tradition de droit romain que dans les droits germanique ou indien) régissaient par exemple l'imputabilité de l'enfant de moins de dix ans que la nature de ses obligations. Mais son entrée dans « la vie active » comme « ouvrier miniature » est un élément nouveau et important de la considération de l'enfant comme soucis pour le législateur. Avec un certain retard sur l'Europe, c'est à la fin du dix-neuvième siècle que datent les premières législations du travail. Elles ont comme antécédents les lois indiennes qui, dans le Mexique colonial interdisaient le travail aux enfants de moins de quatorze ans (l'exception de celui de berger dans la mesure où le père donnait son accord¹¹³). Le pouvoir paternel est réaffirmé en 1857 dans l'article 33 du statut organique provisoire de la République mexicaine en ces termes : « les mineurs de quatorze ans ne peuvent prêter leurs services sans l'intervention de leurs parents ou tuteurs, et en leur absence, de l'autorité politique ».

En 1886, le Code des Mines¹¹⁴ en Argentine, interdit le travail souterrain aux femmes et aux enfants impubères. Mais c'est surtout au début du siècle que se développe ce nouveau droit du travail. Concernant les enfants, le texte le plus éloquent est la constitution mexicaine de 1917

¹¹² S. Zweig, *Amerigo, récit d'une erreur historique*, Le Livre de Poche, Paris, 1996.

¹¹³ P. Kurczyn Villalobos, « El trabajo de los niños. Realidad y legislación », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie*, Año XXX, Número 89 Mai-Août 1997, et J. Davallos, *Derechos de los menores trabajadores*, Universidad Autónoma de Mexico, 2000, p. 10.

¹¹⁴ A.S. Bronstein, *Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina*, OIT, San José, juin 1998.

dont l'article 123 interdit le travail pour les enfants de moins de quatorze ans¹¹⁵. Cette constitution est à retenir du point de vue de l'histoire juridique. De fait, le texte constitutionnel mexicain n'a eu, malgré sa portée symbolique, que peu d'effet pour limiter le travail des enfants. « Il ne suffit pas d'interdire le travail des enfants pour empêcher que ces derniers soient exploités ¹¹⁶», précise la militante Hilda Sanchez.

Dans les faits, les dispositions les plus avancées concernant les enfants n'ont vraiment été appliquées qu'à partir des années quarante.

L'irruption de l'enfant dans le droit du travail est donc due, dans une large mesure au rôle qu'il a tenu dans l'industrie et à la prise de conscience de la société des abus auxquels il était soumis. Parler d'abus devant l'enfant travailleur, devant l'enfant exploité est un mot d'aujourd'hui. En 1857, l'industriel belge Scrive pouvait dire, en se référant aux enfants de son industrie, lors d'un Congrès de Bienfaisance à Bruxelles : « Nous leur apprenons à chanter pendant le travail et à chanter en travaillant, cela les distrait et leur permet d'accepter avec courage les douze heures de travail nécessaires pour qu'ils se procurent des moyens de subsistance¹¹⁷ ». Cette attitude des élites « philanthropique » est répandue. Les premières lois de protection de l'enfance ne sont pas respectées. On n'hésite pas « à sacrifier le bien de l'enfant à des impératifs économiques¹¹⁸ ».

B - La catégorie d'enfants travailleurs

Les enfants de l'industrialisation ne sont pas tous les enfants. Issus des familles rurales pauvres ou nouvellement installées dans la ville, ils seront les principaux sujets auxquels le

¹¹⁵ Article 123-3 de la Constitution Mexicaine de 1917 « Est interdite l'utilisation du travail des mineurs de 14 ans. Ceux qui ont plus de 14 ans et moins de 16 ans auront une journée de travail de 6 heures maximum ».

¹¹⁶ H. Sanchez Santoyo, « El trabajo infantil en la ciudad de México, 1920-1930 », *Trabajadores en Línea* Año 5, numero 22, janvier/février 2001, (en ligne) <http://www.uom.edu.mx/trabajadores/22trabajo.htm>

¹¹⁷ Cité par P. Lafargue, *Le droit à la paresse*, Maspero, 1969. Les témoignages sur la situation des enfants dans l'industrie se multiplient à partir du milieu du dix-neuvième siècle. Voir Abbé Gaume, *Histoire de la Famille*, Paris, Gaume Frères Libraire-éditeurs, 1844, p. 557. « On voit des petits-enfants de six à huit ans (...) venir passer chaque jour seize à dix-sept heures dans les ateliers ou pendant treize heures au moins ils sont enfermés dans la même pièce sans changer de place ni d'attitude et au milieu d'une température très élevée ».

¹¹⁸ J.J. Yvorel, Analyse de l'ouvrage « Roland Caty (éd.) ' Enfants au travail. Attitudes des élites en Europe occidentale et méditerranéenne aux XIXe et XXe siècles' ». *Le temps de l'histoire*, Numéro 5, 2003, Pratiques éducatives et systèmes judiciaires. <http://rhei.revues.org/document98.html>

droit va s'intéresser. Devant la loi, ils ne sont plus des enfants, mais des mineurs. La fixation de la figure juridique du mineur va, jusqu'à l'adoption de la CIDE, s'imposer stigmatisant et englobant l'enfant travailleur, l'enfant vagabond, l'enfant voleur et l'enfant abandonné. La loi se fait alors, parfois dans les mêmes articles, protectrice avec l'enfant travailleur, et répressive avec l'enfant délinquant.

L'Amérique latine, peu urbanisée au début du vingtième siècle, développe un modèle d'exportation de produits agricoles et miniers. L'industrialisation est faible, embryonnaire¹¹⁹ écrit Pierre Vayssière. La richesse vient des mines, et, comme les industries d'Europe, elles seront une des premières « consommatrices d'enfants ». « Les bras manquent dans le département et on se voit obligé d'employer des enfants de 10 à 12 ans, lesquels gagnent 5 à 6 pesos par mois¹²⁰ ». Le commentaire, du naturaliste Claude Gay cité par Vayssière se réfère à la situation de la mine du Carrizal, au nord du Chili, « l'une des plus importantes d'Amérique latine ». Rare avant le 1840, le travail des enfants se généralise¹²¹. L'augmentation de la productivité des mines exige, comme les industries d'Angleterre ou des Etats-Unis, une main d'œuvre toujours plus abondante. Concilier les intérêts de la mine avec l'équilibre de l'enfant, signale Pierre Vayssière est une tendance pernicieuse. « Par la généralisation de l'embauche des enfants, c'est tout l'équilibre de la cellule familiale qui est compromis ». On observe chez les enfants travailleurs une propension au vol, à l'alcoolisme et à la prostitution¹²². Avec retard sur l'Europe, c'est au début du vingtième siècle que le phénomène de l'enfance au travail est abordé et régulé. Les thématiques étudiées varient peu, car la communauté scientifique est homogène et dominée par l'Europe. Les élites latino-américaines, médecins, juristes, ont de nombreux contacts avec leurs homologues européens : « Depuis la fin du dix-neuvième siècle, les experts latino-américains avaient étudié dans des universités ou hôpitaux européens. Ils avaient participé aux premiers Congrès sur la protection de l'enfance. (...) Ils étaient membres d'une même communauté scientifique, mais la réalité à laquelle ils se confrontaient

¹¹⁹ P. Vayssière, *L'Amérique Latine de 1890 à nos jours*, Hachette, Paris, 1996, p. 22.

¹²⁰ P. Vayssière, *Un siècle de capitalisme minier au Chili 1830-1930*, Editions du CNRS, Paris, 1980, p. 27. Les sources de l'auteur concernant la référence à Claude Gay proviennent des Archives Claudio Gay, volume 51, Bibliothèque Nationale du Chili.

¹²¹ Vayssière (1980), p. 90.

¹²² Vayssière (1980), p. 91.

était dramatiquement différente (...) »¹²³. A l'influence de l'Europe allait s'ajouter celle des Etats-Unis par le biais du Children Bureau, créé en 1912.

Ce travail en commun allait avoir une influence déterminante sur la protection des enfants. De lui également, provient le hiatus entre un droit universel et des enfances particulières.

Les pays des Amériques sont jeunes, le taux de mortalité élevé, l'accès à l'école limité. Pour la ville de Medellin¹²⁴ en Colombie, en 1918, les enfants de moins de 15 ans représentaient un tiers de la population. La moitié de ces enfants n'allait pas à l'école et « devait travailler pour survivre », et, écrit Garcia Londoño, « neuf pour cent des ouvrières de l'époque étaient des filles de moins de quinze ans¹²⁵ ». Le travail était interdit au moins de dix ans. Pour les autres la législation du travail permettait « des travaux en accord avec leur âge ». Selon l'auteur, la compassion envers le travail des enfants n'était pas entrée dans les mœurs et les « éloges aux vertus du travail depuis l'enfance étaient généraux dans toute la société¹²⁶ ». Sous les républiques, l'échange des idées s'intensifie. Des « recettes » semblables commencent à s'appliquer d'un pays à l'autre. Après la législation sur le travail, la protection contre l'abandon et la maltraitance, la justice spécialisée pour mineurs voit le jour.

§ 2. - L'enfant et la justice

Avant l'apparition de la justice spécialisée pour mineurs, ces derniers, auteurs de crimes ou de délits, étaient souvent condamnés de la même manière que les adultes¹²⁷. Mis à part le principe

¹²³ E. Scarzanella, « Los pibes en el Palacio de Ginebra : las investigaciones de la Sociedad de las Naciones sobre la infancia latinoamericana (1925-1939) », Facultad de Humanidades Lester y Sally Entin, Escuela de Historia, Instituto de Historia y Cultura de América Latina, Estudios interdisciplinarios de América Latina y el Caribe, volume 14 - n°2, juillet-décembre 2003. (en ligne) http://www.tau.ac.il/eial/XIV_2/scarzane.html.

¹²⁴ C. E. Garcia Londoño, « Los niños trabajadores de Medellin a principios del siglo XX », *Boletín Cultural y Bibliográfico*, n° 42, Volume XXXIII, 1996.(en ligne) <http://www.lablaa.org/blaavirtual/publicacionesbanrep/boletin/boleti1/bol42/bolet42b.htm>

¹²⁵ Garcia Londoño (1996) « en 1916, 9% des ouvrières de la ville étaient des filles de moins de quinze ans, certaines d'entre elles étaient âgées de cinq ans ».

¹²⁶ Garcia Londoño (1996).

¹²⁷ C'est ainsi qu'en 1828 dans le New Jersey, James Guild, un enfant de douze ans a été pendu, reconnu coupable de l'assassinat de Catherine Beakes.

de l'irresponsabilité pénale des moins de dix ans, la question du regard pénal sur les plus de dix ans allait être l'objet de profondes mutations.

A - Le premier tribunal pour mineur

Il est classique de raconter que le premier cas d'un enfant soustrait à ses tuteurs par l'autorité judiciaire l'a été à l'initiative de la Société protectrice des animaux de New York en 1875. L'avocat de la petite Mary Ellen, battue par ceux qui en avaient la garde, aurait fondé sa demande de protection de l'enfant sur les lois qui régissaient la protection des chiens. Des études ultérieures ont montré que le président de la Société de protection des animaux, ému par le cas qui a été porté à sa connaissance a pu, grâce à ses liens avec la presse et avec le pouvoir judiciaire sensibiliser la population à la question de l'enfance maltraitée. Les sociétés de protection des enfants se sont alors multipliées, les tribunaux pour enfants suivront le pas.

La date symbolique, généralement retenue, qui marque un tournant dans la considération juridique de l'enfant, est la création du premier tribunal de mineurs en Illinois aux Etats-Unis¹²⁸ en 1899. On considère généralement que cette création est due à la réaction de la société devant le nombre d'enfants¹²⁹ mis à la rue en raison de l'industrialisation rapide et de l'appauvrissement d'une partie de la population. Les problèmes posés comme la mendicité, le vol, le vagabondage pourraient alors être traités par cette nouvelle instance. C'est également l'aboutissement d'un mouvement international orienté vers la construction d'une justice spécifique pour les mineurs.

Le gouverneur de l'Illinois, John Altgeld, est l'un des premiers militants de la « cause des enfants ». Pour ces réformateurs la question n'était pas seulement de savoir si l'enfant était coupable ou non, mais de savoir d'où il venait, qui il était et surtout comment le réintégrer dans la société. Ce tribunal constitue la première pierre d'un système judiciaire spécialisé pour l'enfance qui, en vingt-cinq ans, va couvrir l'ensemble du territoire des Etats-Unis et servir de modèle aux systèmes juridiques latino-américains. Ce nouveau regard sur l'enfance naît d'abord aux Etats-Unis et en Europe (Angleterre en 1908, France et Belgique en 1912,

¹²⁸ La paternité de l'Illinois comme berceau du premier tribunal d'enfant est mise en perspective par Platt (1982), p. 37.

¹²⁹ J. Cortes, « A cien años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años la convención internacional de los derechos del niño: el desafío pendiente », in *Justicia y derechos del Niño*, numero 1, UNICEF, Santiago, novembre 1999, p. 64.

Espagne en 1918) avant d'atteindre l'Amérique latine. En trente ans la majorité des pays se dote d'un tribunal pour enfants (1919 en Argentine, 1928 au Chili, 1951 à Panama).

Le vingtième siècle définit et fixe la catégorie socio pénale du mineur dont se chargera le juge. Comme il fait figure de père, la défense n'est pas jugée nécessaire. Pour García Méndez le traitement juridique différencié de l'enfance remonte au début du vingtième siècle et la spécificité est d'abord pénale. Il définit cet élan normatif comme la doctrine de la situation irrégulière. En toute rigueur le droit protecteur de l'enfance naît, nous l'avons vu, avec les premières législations sur le travail, mais c'est le droit pénal qui développe une technique juridique spécialisée pour l'enfance. Avant cet effort normatif, il y avait inimputabilité pour les jeunes enfants et un régime presque indifférencié de celui des adultes pour les moins jeunes. Des nuances existaient déjà dans la législation du dix-neuvième siècle qui, par exemple, reconnaissait des circonstances atténuantes à l'enfant du fait de sa minorité, ce qui se traduisait par l'obligation d'accomplir un tiers de la peine qu'aurait un adulte pour des faits identiques. A partir des premiers codes des mineurs, la loi s'intéressera d'une manière particulière aux enfants inadaptés, abandonnés et délinquants dans un mouvement à la fois de protection et de surveillance.

B - La question de la « protection » du mineur dans la jurisprudence mexicaine

La mise à l'écart de mineurs pour cause de vagabondage ou de délit n'allait pas de soi. La législation mexicaine, issue du Code pénal de 1871, excluait de toute responsabilité pénale les mineurs de moins de dix ans reprenant en cela des dispositions du droit indien et même du Code de Netzhuacoyotl. Entre dix et dix-huit ans, le ministère public avait une grande latitude pour déterminer la responsabilité et envoyer les prévenus dans des maisons de correction qui avaient un objectif surtout éducatif, mais qui incluait la privation de liberté. C'est, en 1923, qu'a été créé le premier tribunal de mineurs à San Luis Potosi.

Durant les années qui ont précédé cette nouvelle institution, la Cour suprême de Justice¹³⁰ a dû statuer sur un nombre important de jeunes mineurs enfermés dans de maison de correction

¹³⁰ Le texte complet de l'arrêt Hilaro Galicia y Galicia est disponible dans l'annexe de l'ouvrage L. Cabrera Acevedo, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del presidente Obregón (1920-1924)*, édité par la Cour Suprême de Justice de la Nation, Mexico, 1996, p.395 à 398. Concernant l'opposition entre la Constitution et les lois voir l'observation d'Alberdi page 436.

qui essayaient, par voie judiciaire, d'obtenir leur libération. Hilario Galicia est l'un d'eux. Depuis l'âge de douze ans, il était privé de liberté et était accusé de vol. Victime d'une mesure administrative et sans avoir eu ni procès, ni droit à une quelconque défense, il vivait en prison depuis plus de quatre ans lorsque le tribunal a été saisi d'une demande de libération. Le texte de la décision du tribunal, qui finalement a rejeté la demande d'Hilario, a ceci d'intéressant qu'il met en lumière les thèses défendues à l'époque. Le constat du danger que représentent les jeunes « vagabonds » est partagé. Le débat porte sur les solutions à ce qui était considéré comme un grave problème social. Le dialogue entre les deux juges l'un en faveur de sa libération et l'autre en désaccord montre la nature des arguments employés. Le mot « ratero (délinquant) » est couramment utilisé pour qualifier ces jeunes. Ils sont considérés comme délinquants potentiels et à ce titre doivent être contrôlés. Le juge Flores souhaite que le jeune puisse quitter l'établissement carcéral dans lequel il se trouve au motif que la décision qui a motivé son emprisonnement viole la loi constitutionnelle et en particulier les articles 14, 16 et 19 de la Constitution de 1917 qui assurent entre autres des garanties aux prévenus. Ces articles interdisent explicitement la mise en détention sans garanties légales et sans jugement. A l'inverse, pour le juge Vicencio la peine est justifiée, car elle est conforme au Code pénal en vigueur à l'époque. Les articles 225 à 228 autorisaient la détention de mineurs lorsque ces derniers n'avaient pas de parents ou de tuteurs. Flores condamne la décision antérieure, car elle est entachée, pour lui, d'arbitraire. Elle n'est pas légale dans la mesure où les droits de l'accusé n'ont pas été respectés. Ce qu'a fait l'autorité administrative, dit le juge est très bien, mais ce n'est pas constitutionnel signale le juge Flores. Le juge Vicencio reconnaît qu'il n'est pas souhaitable pour un mineur d'aller en prison comme un adulte, mais précise qu'il est favorable de les mettre dans un lieu particulier pour les protéger et les éduquer. L'argument de l'éducation est souvent repris. Le juge Flores le critiquera en montrant qu'Hilario, au moment où son cas est étudié par la Cour, ne savait même pas signer, alors qu'il avait déjà passé plusieurs années dans la maison de correction. Donc, conclut-il, le gouvernement n'éduque pas les jeunes qu'il « protège ». Pour le juge Vicencio un trop grand nombre de mineurs sans parents posent problème aux autorités administratives qui doivent « prévenir les actes du mineur qui n'a rien à manger et qui deviendra ratero ». Le juge Gonzales poursuit l'argument en précisant que le simple fait de traîner, sans parents ni tuteur permet la réclusion du jeune, selon l'article 854 du code pénal. Cela permet d'éviter qu'ils commettent des délits. Dans les arguments employés par les juges se retrouvent les caractéristiques de la doctrine de la situation irrégulière : l'arbitraire de la justice, la protection des enfants contre eux-mêmes,

la notion de délinquant potentiel, l'assimilation du jeune « qui traîne » à un voleur. Ce qui nous paraît notable est que déjà à l'époque, cette manière de voir était controversée comme le prouvent les remarques du juge Flores. Dans d'autres cas, du même tribunal, certains jeunes ont pu obtenir gain de cause.

Avec le droit du travail, le droit pénal a eu une fonction remarquable dans la construction d'un regard juridique nouveau sur l'enfant. Il ne faut pas s'en étonner. Le droit pénal touche, plus que d'autres branches du droit, à l'intime de la vie privée tant de la victime que du prévenu. Il a également une incidence forte sur l'ordre public, troublé à chaque infraction. Le droit pénal donne une nouvelle visibilité au mineur.

SOUS-TITRE II. - L'ENFANT COMME SUJET DE DROIT

Les lois ont permis de limiter l'exploitation des enfants dans l'industrie. Elles sont également l'expression d'une reconnaissance de l'enfant comme sujet, aboutissement d'une vision romantique qui mettait à jour l'antagonisme de plus en plus insupportable entre une conception de l'enfant comme symbole d'innocence et une réalité où l'enfant pauvre était exploité et son innocence abusée. L'émotion devant les conditions de vie des enfants pauvres conduit aux premières Déclarations revendiquant des droits pour les enfants. L'aboutissement de ce mouvement sera la proclamation de la CIDE à la fin du vingtième siècle.

Avec la Convention l'enfant devient un sujet de droit, annoncent ses principaux promoteurs. En réalité le terme « sujet de droit » est absent du texte international. De la même manière lorsqu'il est répertorié dans les lexiques juridiques il revoit à la notion de personne juridique qui englobe « tous les êtres humains » dont bien sûr les enfants. En tant que personne, nous l'avons vu, l'enfant a toujours été un sujet de droit. Ce qui se produit est que le droit met davantage l'accent, avec la CIDE, sur les droits des enfants que sur leurs obligations. L'utilisation, à outrance, de l'expression « sujet de droit » à un objectif pédagogique destiné à mettre l'accent sur la rupture opérée par la Convention.

CHAPITRE 3. - VERS L'ENFANT PROTEGE

L'émotion, l'indignation devant les mauvais traitements que subissent les enfants, se développent au dix-neuvième siècle. Elles proviennent tant de voix officielles qui condamnent les « mauvaises mères » que de courants libertaires qui commencent à mettre en cause la responsabilité de l'Etat. Le droit protecteur de l'enfant s'affermi.

Section 1. - De l'autorité paternelle au paternalisme de l'Etat

Si l'on est arrivé à parler de droits de l'enfant au début du vingtième siècle et à les reconnaître comme règle de droit à la fin, c'est parce que la place de l'enfant dans la société et le regard qu'elle porte sur lui a changé. La façon dont il est considéré et la manière dont il est traité ont également évolué. La découverte de l'enfant comme sujet social au dix-neuvième siècle a permis l'élaboration de la théorie de l'enfant comme sujet de droit au vingtième siècle. Cette vision, cette reconnaissance est européenne pour devenir par la suite latino-américaine.

§ 1. - Emotion devant les enfants

Essayer de percevoir les principaux débats de l'époque au sujet de l'enfant permet d'appréhender le long chemin parcouru pour arriver à la ratification de la CIDE.

Les photographies du sociologue Lewis Hine¹³¹ qui a parcouru des usines aux Etats-Unis et au Mexique illustrent comment une société a été sensibilisée aux conditions de travail précaires des enfants. Elles ont, selon le National Child Labour Comitee, employeur de Hine, joué un rôle important pour l'évolution des mentalités et des lois. Ces clichés, montrant des enfants fatigués et exploités, ont provoqué l'émotion du public.

¹³¹ Le National Child Labour Committee, fondé en 1904, a employé, à partir de 1908, le photographe et sociologue Lewis Hines (1874-1940) pour dénoncer les abus faits aux enfants dans le travail. Influencé par son travail, le Congrès des Etats-Unis a fait voter une loi en 1916 interdisant le travail aux enfants de moins de 14 ans.

A - Abus et loi morale

Le travail des enfants ne naît pas avec l'industrialisation, mais, avec elle, il se généralise, en dehors de la famille ou de la communauté. Ce phénomène a une double conséquence. D'une part, des tentatives de régulations d'abord timides puis plus franches voient le jour et d'autre part, en dehors du contrôle maternel, une frange importante d'enfants se retrouve livrée à elle-même.

Le droit, impulsé par des réformateurs s'intéresse à eux, d'abord par la création de tribunaux spécifiques puis par l'élaboration de législations spécialisées. Le schéma est posé. La nécessité de main d'œuvre nombreuse pour des travaux difficiles (agriculture, mines et industrie) pousse les enfants et les femmes des familles pauvres vers un emploi instable et mal rémunéré. Le législateur tentera de limiter les abus.

Le travail des enfants et plus généralement les conditions de vie des enfants pauvres ont donc suscité une émotion forte. Née en d'Europe et aux Etats-Unis, quelques dizaines d'années plus tard, elle s'étend en Amérique latine. Le fait social s'est heurté aux idées en cours à l'époque. En premier lieu l'idée de liberté qui oeuvrait pour la lutte contre l'esclavagisme. Ensuite l'idée de santé publique et d'hygiène¹³² qui se heurtait à une mortalité infantine élevée, préoccupante pour la démographie. Enfin une idée morale issue de la tradition chrétienne qui s'offusquait devant le traitement réservé aux enfants... Ce mouvement des idées précède la règle.

En Angleterre, l'émotion suscitée par le travail des enfants apparaît dès le début du dix-neuvième siècle. Pour Hugh Cunningham¹³³, dont le travail se réfère aux enfants de l'Angleterre depuis le dix-septième siècle, une distinction claire est à faire entre les enfants riches et les enfants pauvres. Les premiers sont vus de manière idyllique, romantique et les seconds comme « sauvages » et « exploités ». Le discours sur les enfants pauvres (ramoneurs, ouvriers...) était un discours sur les enfants travailleurs. Des considérations sentimentales se mêlent aux considérations économiques. L'Angleterre victorienne éprouve une fascination

¹³² La préoccupation pour l'hygiène des enfants devenait à cette date prioritaire. Pour le docteur José Ignacio Barberi dans l'introduction de son ouvrage sur l'hygiène et la médecine des enfants : « l'ignorance des mères et des pères sur les soins aux enfants et aussi funeste que l'infanticide » dans H. Sotomayor Tribin (1999).

¹³³ H. Cunningham, *The Children of the Poor: Representations of Childhood since the Seventeenth Century*, Oxford: Blackwell, 1991, Introduction.

pour l'enfance. *Oliver Twist* est l'exemple de l'enfant innocent et exploité¹³⁴. La reproduction sociale est en danger, signale Cunningham. L'exploitation physique des enfants, devant les abus répétés, nuit à leur croissance. Mais dans ces discours critiques, le danger moral était perçu comme plus nocif. L'industrialisation provoque, dénonce en 1884 l'abbé Gaume en France « la dégradation de la famille, l'avilissement de la femme et l'esclavage des enfants¹³⁵ ». Le militantisme est moral. Les causes sont nombreuses : l'exploitation des enfants, la lutte contre l'absinthe, l'infanticide, l'homosexualité. « Dans le monde en crise, écrit l'historienne Annie Stora-Lamarre¹³⁶ (...) la figure de l'enfant sert à exalter la marche en avant de l'humanité ». Il faut le protéger et l'éduquer.

B - L'autorité paternelle en question

Pour cette mission, dévolue depuis le Code Napoléon au père de famille, les juristes allaient inventer de nouvelles législations, marquant définitivement l'emprise de l'Etat sur l'enfance au détriment de celle du père. En France, la loi du 19 avril 1898 mettra des limites aux abus possibles des parents sur leurs enfants. La déchéance de la puissance paternelle est désormais plus aisée qu'elle ne l'était auparavant. Pour la première fois, en France, un contrôle judiciaire s'exerce à l'encontre des parents.

A l'époque, les premiers textes limitant le travail des enfants, pour les raisons signalées par Cunningham, étaient perçues comme un empiétement sur l'autorité du père. De ce point de vue, l'autorité paternelle annulait, d'une certaine manière, la responsabilité de l'enfant. Le père avait tous les pouvoirs. L'article 371, encore en vigueur, du Code civil stipule que : « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère », l'article 376 permettait au père qui a des « sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant de « (...) le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois (...) ». Dans ce sens, de

¹³⁴ D'autres héros enfants suivent comme *Alice au pays des merveilles* de Lewis Carroll (1865) puis *le Petit Lord Fauntleroy* de Hodgson Burnett (1886) et *Peter Pan* de Barrie (1904).

¹³⁵ Gaume (1844), p. 551. L'auteur dénonce les effets pervers des « nouveaux systèmes économiques » au nom de la morale chrétienne. Voir pages 527 à 547.

¹³⁶ A. Stora-Lamarre, « La lacune et le remède : la tâche du législateur républicain ». *Le temps de l'histoire*, Numéro 2, 1999, Cent ans de répressions des violences à enfants. p. 4. (en ligne) <http://rhei.revues.org/document32.html>.

nombreux codes en Amérique latine prévoyaient pour l'enfant qui a « mal agi » qu'il soit remis à ces parents¹³⁷.

De fait, ceux qui étaient en désaccord avec la législation naissante mettaient l'accent sur la liberté des parents de faire l'usage qu'ils considéraient correct du travail de leurs enfants. Pour l'auteur anglais, l'intensification du travail des enfants n'est pas le seul élément expliquant un changement d'attitude¹³⁸. Il faut prendre en compte également « l'émergence d'un concept romantique de l'enfant » ainsi que le débat sur esclavage auquel s'est greffée la figure de l'enfant. Dans le parlement britannique, détaille Cunningham, des voix s'élèvent en comparant les horaires effectués par « les noirs » et ceux des « jeunes esclaves blancs ». L'identification de l'enfant à l'esclave contribue à faire de lui une victime de la société.

Cette indignation progressive doit beaucoup à la vision romantique de l'enfant dont elle s'alimente. La société s'intéresse à ses enfants, idéalise l'enfance par de nombreux récits. « Chez les poètes et les philosophes, l'enfance est vue comme la figure fondamentale d'un univers surhumain et transcendantal, dont il est un signe¹³⁹ ». Cet engouement pour l'enfance sublimée ne peut que contraster avec la situation réelle dans laquelle se trouvent nombre d'enfants issus des classes les plus pauvres en proie à l'omnipotence du père et à la dureté de la société. Ce contraste marque la brèche dans laquelle s'engouffrent les droits de l'enfant. Il se caractérise par une perte d'influence du père de famille compensée par un contrôle plus étendu de l'Etat sur l'enfance. « Nous assistons au nom des droits de l'enfant, à une montée des pouvoirs de l'Etat et à un recul des droits du père¹⁴⁰ ». Les droits de l'enfant naissent aussi d'une méfiance envers les « mauvais » adultes.

¹³⁷ L'article 27 du Code pénal salvadorien de 1826 traduit l'importance de l'autorité paternelle : « S'il est déclaré avoir agi sans discernement et malice, le mineur de moins de dix-sept ans ne se verra imposer aucune peine et il sera remis à ses parents, grands-parents ou tuteurs ou curateurs pour qu'il le corrige et qu'ils s'en occupent, mais s'ils ne peuvent le faire et qu'il ne mérite pas confiance et que la gravité du cas requiert une autre mesure selon le sage critère du juge, on pourra mettre le mineur dans une maison de correction pour le temps que l'on estime correct qui ne doit pas dépasser l'âge de vingt ans ».

¹³⁸ H. Cunningham (1991), p. 50 à 51.

¹³⁹ E. Becchi, D. Julia, *Histoire de l'enfance en Occident, le dix-neuvième siècle*, T2, le Seuil, 1998, p. 161.

¹⁴⁰ M.P Malinsky, *Le placement de l'enfant : quels contextes ? quelles conséquences ? Quelles approches ?* Thèse pour le diplôme d'Etat de docteur en médecine, dirigée par J. Malka, Qualification en Psychiatrie Université d'Angers, Faculté de médecine, 2005, p.76.

§ 2. - Le contrôle de l'Etat

Il est difficile de situer précisément la prise en compte de l'enfant comme sujet digne d'intérêt et d'études¹⁴¹. Le « puissant discours sur l'enfance¹⁴² » a accompagné la croissance démographique en Europe et met en évidence une vision nouvelle sur l'enfant dont la CIDE sera l'aboutissement.

A - Le prix de la centralité

Depuis le « on ne connaît point l'enfance » de Rousseau¹⁴³, jusqu'au développement de la pédiatrie¹⁴⁴, de la psychologie, de la pédagogie et des sciences juridiques touchant l'enfant, le chemin parcouru a bouleversé la place de l'enfant dans la société. Le mouvement vers la spécificité de l'enfance trouvera en moins d'un siècle une traduction juridique internationalement admise. L'enfance est de plus en plus soignée, choyée et... contrôlée.

¹⁴¹ L'introduction de la thèse de Rita Desjardins, *L'institutionnalisation de la pédiatrie en milieu franco-montréalais 1880-1980. Les enjeux politiques, sociaux et biologiques*, Département d'histoire, Faculté des arts et des sciences, Université de Montréal, 1998, montre précisément cette difficulté et la résume de la manière suivante dans son introduction : « Dans l'ensemble, les auteurs reconnaissent la préoccupation croissante de la société à l'égard de l'enfant; pour les uns, elle est attribuée tantôt à l'éducation, tantôt à l'apparition de la famille nucléaire au sein de laquelle le sentiment maternel se serait développé ; pour les autres, elle tient aux intérêts de l'Etat et à l'affirmation de ses pouvoirs ».

¹⁴² Becchi, Julia (1998), p. 157.

¹⁴³ J.J Rousseau, *Emile ou de l'éducation*, Flammarion, Paris, 1966, Préface.

¹⁴⁴ Dans la littérature médicale française et allemande, certains textes ont eu une grande influence sur la formation des médecins latino-américains. C'est le cas du *Traité des maladies de l'enfance* dont la deuxième édition en 1905 (première édition en 1898) a compté avec la collaboration de plusieurs pédiatres du cône Sud dont Luis Morquio. Cette même année, le pédiatre uruguayen accompagné de Araoz Alfaro (Argentine) Olinto de Oliveira et Fernandes Figueiras (Brésil) ont lancé le premier numéro des Archives latino-américaines de Pédiatrie à Buenos Aires. Les auteurs signalent dans l'éditorial du premier numéro que l'objectif de cette revue est « de resserrer les relations intellectuelles entre les travailleurs américains, stimuler leurs productions en les diffusant en Amérique et en Europe, contribuer enfin, au progrès de la médecine et de l'hygiène des enfants, Archives Latino-americanas de pediatria, tomo 1, 1905 Buenos Aires, Argentina. L'éditorial cité est reproduit sur le site Internet de l'association latino-américaine de pédiatrie, (en ligne) www.alape.org

Partant de la réflexion foucauldienne selon laquelle l'histoire de l'enfance est l'histoire de son contrôle¹⁴⁵, Jacques Donzelot fait un parallélisme entre le contrôle progressif de l'Etat sur la famille et le contrôle des enfants par la famille. L'enfant paie sa récente centralité au prix d'un contrôle accru. De cette époque datent les premières lois sur la déchéance de l'autorité paternelle. La loi de 1898 ouvrait la possibilité aux sociétés de patronage de recueillir l'enfant en cas de mauvais traitements. L'initiative privée supplée les carences de l'Etat. L'enfant « privé » du dix-neuvième siècle devient, au vingtième siècle, l'enfant « public ». Sous la pression des associations de patronages, des « sauveurs d'enfants » la nécessité de protéger l'enfant s'impose. « Les familles visées sont explicitement les familles pauvres, les familles ouvrières, les familles à risque¹⁴⁶ ». Il s'agit de l'enfance pauvre, « malheureuse ou délinquante ».

L'enfant est contrôlé, aussi car il devient plus rare. Outre l'aspect moral, les questions démographiques inspireront souvent les lois sur l'enfance. « C'est ainsi, écrit Maria Deraisme, une des premières militantes des droits de l'enfant en France, que la République réagira contre la soi-disant dépopulation, moins en multipliant les naissances qu'en exerçant une vigilance maternelle et judicieuse sur les berceaux¹⁴⁷ ». La mortalité infantile est endiguée. Se substitue un contrôle progressif sur les naissances. L'enfant prend alors une place centrale. Il prend de la valeur. C'est un « bien national ».

B - De l'émotion à l'hypersensibilité

D'un côté on évite les mauvais contacts de l'enfant, avec la nourrice par exemple et de l'autre on s'occupera de l'hygiène de la famille et de la santé de l'enfant. Emile Bouchut, médecin à l'hôpital des enfants malades à Paris, écrivait en 1874 : « quant aux mères qui, pouvant nourrir ne le font pas, elles s'inspirent de motifs très différents. Il en est qui considèrent la

¹⁴⁵ Ce contrôle est également signalé par Philippe Ariès qui précise que l'enfant aujourd'hui est isolé dans la famille ou à l'école. « Il s'agit d'un isolement précoce et assez long ». Une conversation avec Philippe Ariès (Francoise Dolto) *Macroscopie*, France Culture, septembre-octobre 1977.

¹⁴⁶ M.S. Dupont-Bouchat, « Le père, l'enfant et l'Etat. Les débats relatifs aux lois protectrices de l'enfance (Belgique, 1888-1914) » in *Lien social et Politique*, Riac n° 44, Automne 2000, p. 72.

¹⁴⁷ M. Deraisme (1999), p. 112. Voir également : C. Rollet, *Les enfants au XIXème siècle*, Hachette, Paris, 1991.

maternité comme un fardeau, qui détestent leur mari en raison du nombre d'enfants qu'il leur donne, qui craignent de s'enlaidir et qui tiennent avant tout à rester libres afin de mieux courir les fêtes et les plaisirs. Ce sont de mauvaises mères¹⁴⁸». Ces mêmes considérations se retrouvent en Amérique latine. Le président hondurien Policarpo Bonilla (1893-1899) dénonçait aussi les « mains mercenaires » des nourrices : « Il n'est pas rare, en effet, de voir des mères qui confient l'allaitement et les soins de leurs fils à des mains mercenaires, simplement pour ne pas enlaidir, ou pour ne pas se priver d'aller au bal, au théâtre, au salon ou pour n'importe quels motifs aussi frivoles que ceux-ci¹⁴⁹ ». Il s'agit de placer l'enfant en danger en dehors de sa famille, de le protéger de ses parents ou tout simplement de remplacer les « mauvais parents. Certains enfants dont les parents ne pouvaient pas s'occuper allaient dans des « maisons de sevrage ». Mal gérés et d'une hygiène déplorable, ces lieux privés, à la suite des visites de médecins et des dames de charité, allaient s'institutionnaliser. C'est ainsi que sont nées, vers 1830, les « salles d'asile » qui en 1881 se transforment en écoles maternelles. Dès leur origine, les législations sur l'enfance se traduisent par une emprise plus forte de l'Etat.

L'idée centrale qui a conduit à cette création est de protéger les enfants des dangers de la rue à une époque où pères et mères travaillaient en dehors du foyer. Ces institutions spécialisées pour l'enfance de deux à six ans sont une marque de plus de l'intérêt suscité par l'éducation des jeunes enfants. L'historien Jean Noel Luc¹⁵⁰ a parlé de « l'invention du jeune enfant ». De nombreuses femmes, comme Emilie Mallet ou Pauline Kergomard seront pionnières dans cette aventure. Le phénomène de la prise en compte de l'émotion ne fera que s'amplifier au cours du siècle.

C'est dire que l'émotion, comme l'a montré le sociologue Jean Francois Laé, prend une part importante dans le développement du droit. Il décrit ce phénomène par ces mots : « l'apparition d'un droit nouveau, si minime soit-il, n'est que la fin d'un processus qui

¹⁴⁸ E.Bouchut, *Hygiène de la première enfance*, J. B. Baillière et fils, Paris, 1874, p. 66.

¹⁴⁹ P. Bonilla, « Necesidad y ventajas de la educación de la mujer », Discurso de incorporación a la academia de Honduras in *Pensamientos Pedagógicos Hondureños*, colección letras hondureñas n°64, Universitaria, Tegucigalpa, Honduras, février 1994, p. 69.

¹⁵⁰ J. Bourquin, Analyse de l'ouvrage : « Jean-Noël Luc 'L'invention du jeune enfant au XIXe siècle. De la salle d'asile à l'école maternelle' », *Le temps de l'histoire*, Numéro 2, 1999, Cent ans de répression des violences à enfants. (en ligne) <http://rhei.revues.org/document44.html>.

suppose qu'un abus s'est fait jour, dont l'excès a fini par soulever *l'émotion publique*¹⁵¹ ». Son analyse portait sur la jurisprudence liée à la circulation routière. Philippe Braud a montré les dimensions émotionnelles du politique¹⁵² et a tenté de développer des outils d'analyse. Plus que nombre d'autres domaines, la question de l'enfance, pour des raisons aujourd'hui qui sont peu discutées, est un terrain émotionnel par excellence. Les sociétés occidentales sont pacifiées à l'intérieur comme elles ne l'ont jamais été dans l'histoire. Des premières critiques contre les « mauvais parents » aux derniers développements de la jurisprudence actuelle, la progression de l'émotion est un marqueur du degré de sensibilité des sociétés. Le développement au cours du vingtième siècle de la protection sociale a d'une part réduit et couvert les risques auxquels se confrontaient l'enfant et, effet secondaire, créé une sensibilité toujours plus grande contre les abus envers les enfants. Dès qu'un enfant est touché, la réaction sociale est immédiate. Des typologies d'enfants victimes se sont progressivement construites : enfant soldat, enfant travailleur... Elles continuent de se développer. Sont considérés aujourd'hui comme victimes des dictatures latino-américaines les enfants dont les parents ont été arrêtés, de même les enfants qui vivent dans une atmosphère violente sont considérés comme victimes. Pour l'ONG Save the Children¹⁵³, pionnière dans la défense des droits de l'enfant, les enfants sont victimes directes ou indirectes de la violence entre leurs parents. Le simple fait de naître pourrait être considéré comme une violence qui doit être réparée¹⁵⁴. En un siècle, nous sommes donc passés de l'émotion à l'hypersensibilité collective. L'affirmation des droits de l'enfant en est le fondement juridique.

¹⁵¹ J. F. Laé, *L'instance de la plainte*, Descartes et Cie, 1996, p. 145.

¹⁵² P. Braud, *L'émotion en politique*, Presses de Sciences Po, Paris, 1996.

¹⁵³ Collectif « Atención a los niños y niñas víctimas de la violencia de género », Rapport de Save the Children España, février 2006, p.11.

¹⁵⁴ « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », Article 1 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Ce texte a pour objectif de mettre un terme légal à la jurisprudence issue de « l'affaire Perruche » qui avait permis la réparation d'un préjudice résultant d'un handicap de naissance.

Section 2. - Enfants et premières Déclarations des droits

L'internationalisation des idées par les revues, les Congrès, les échanges ont joué un rôle important dans la prise de conscience et dans la qualification morale du travail des enfants. L'intérêt pour l'enfant est double. Il est économique et il est émotionnel. Cela le fait sortir de la sphère familiale pour le faire entrer dans la sphère publique. La société s'intéresse à lui. Elle le protège et elle le punit. Peu de temps après les premières législations visant à protéger les mineurs est proclamé la première Déclaration concernant leurs droits.

§ 1. - Les premiers « défenseurs » de l'enfant

L'intérêt pour l'enfant se traduit par un contrôle de l'Etat accru. Les familles sont davantage surveillées. De leur côté, le rôle des mères se redéfinit. Le nouveau sentiment maternel a besoin d'alliés. Les médecins joueront ce rôle. Plus tardivement, les juristes.

A - Femmes, nourrices, et mères

La « lutte » contre les nourrices¹⁵⁵, les progrès de la médecine, de la pharmacie ont fait dès la fin du dix-neuvième siècle des mères les alliés privilégiés des médecins pour la sauvegarde de l'enfant¹⁵⁶. Il ne s'agit pas, écrit Egle Becchi¹⁵⁷ « de la naissance d'un amour maternel », mais plutôt « d'un affinement de l'attention et des soins prodigués au bébé par la mère des classes moyennes, un retour à l'allaitement maternel (...) un plus grand respect de règles d'hygiène édictées par les médecins ».

¹⁵⁵ Voir page 76.

¹⁵⁶ Des dénonciations contre les « mauvaises mères commencent à être publiées dès la fin du dix-huitième siècle. « Une femme qui abandonne le fruit de son amour aussitôt qu'il est né au soin d'une mercenaire doit perdre pour jamais le nom de mère » in G. Buchan, *Médecine domestique*, T1, p. 8. Traduit de l'anglais par J. Duplenil chez G. Desprez, imprimeur ordinaire du roi et du clergé de France, Paris, 1786.

¹⁵⁷ E. Becchi, D. Julia (1998) T2, p. 219.

De « l'indifférence à l'égard de la vie ou de la mort du nourrisson¹⁵⁸ », universelle au début du dix-neuvième siècle, s'impose un sentiment de tendresse, de soin et d'affection qui va de pair avec la montée en puissance de la famille nucléaire¹⁵⁹, isolée sur elle-même. Cette vision sur la nouvelle place de l'enfant est complétée par un regard politique qui se traduit par une emprise de l'Etat sur l'enfant, replié dans sa famille aimante.

Les médecins, préoccupés par la mortalité infantile, démontrent l'importance de l'allaitement des nourrissons. Le docteur Emile Bouchut, dénonçait, statistiques à l'appui, la forte mortalité des nourrissons en ces termes « de pareils faits doivent émouvoir tout le monde depuis le législateur jusqu'au père de famille, et le seul moyen de remédier à ce triste état des choses, c'est bien la pratique étendue des lois d'hygiène au premier âge, tel que je les ai fait connaître¹⁶⁰ ». Les mères sont appelées par les médecins à récupérer une « fonction maternelle ».

De manière plus large, il est indéniable que le rôle des femmes, mères, féministes, socialistes a largement contribué au débat. Donzelot fait le lien entre l'amélioration du statut social de la femme grâce aux médecins et la naissance des courants féministes. « C'est cette promotion de la femme comme mère, comme éducatrice, comme auxiliaire médicale, qui servira de point d'appui aux principaux courants féministes du dix-neuvième siècle¹⁶¹ ». En France, Maria Deraisme, a fondé avec Louise Michel la « société des droits des femmes ». Parallèlement, elle donne des conférences sur le « droit des enfants¹⁶² » dont l'objectif est une réforme du code Napoléon qui, pour elle, doit passer par une remise en question du rôle omnipotent du père. « C'est en révisant le code et en substituant à la puissance paternelle la protection que l'on parviendra à modifier les esprits¹⁶³ ». Ainsi, de l'indignation devant les abus dont les

¹⁵⁸ E. Shorter, *Naissance de la famille moderne*, Seuil, Paris, 1977, p. 243.

¹⁵⁹ Ce point est controversé. L'idée de passage progressif d'une famille élargie à la famille nucléaire est démentie par l'historien André Burguière. Pour lui la « famille réduite » dominait déjà au Moyen Age une partie de l'Europe et même du monde. A. Burguière, « la famille ancienne, une utopie retrospective », *Revue Autrement* n°3, Automne 1975, Paris, p. 165.

¹⁶⁰ E. Bouchut (1874), Préface. Les idées de vulgarisation des notions d'hygiène, de développement des capacités créatives de l'enfant, du rôle primordial des mères se retrouvent également dans Madame H. Meunier, « Notes sur l'éducation de la première enfance », France, 1874, p. 1099 à 1109. Document extrait du « Compte rendu de la 3ème session, 1874, Lille » de l'Association française pour l'avancement des sciences. (en ligne) <http://www.univ-lille1.fr/bustl-grisemine/pdf/archives/AP298-1875-P1099.pdf>.

¹⁶¹ J. Donzelot, *La police des familles*, Les Editions de Minuit, Paris, 1977, p. 25.

¹⁶² Deraisme (1999), p. 17.

¹⁶³ Deraisme (1999), p. 90.

enfants sont victimes, en particulier dans l'industrie, naît, dès la fin du dix-neuvième siècle le combat juridique pour les droits des enfants. Il durera un siècle.

C'est encore une femme, Eglantine Jebb, nous l'avons vu¹⁶⁴, qui a rédigé la première Déclaration des droits de l'enfant, texte adopté en 1924 par la Société des Nations. Cette dernière, aussitôt après sa création, s'est intéressée à l'enfance et a créé en 1919 le Comité de protection de l'enfance, largement dominé par les Européens. La présence latino-américaine se résumait à une seule personne. La déléguée uruguayenne, Paulina Luisi, féministe et unique représentante du continent a proposé, pour la première fois, une vision régionale, latino-américaine, des questions touchant l'enfance. La présence d'une femme, qui fut aussi la première pédiatre de son pays en 1908, illustre que, dès cette époque, la cause des enfants est liée aux mouvements féministes et à la mobilisation de femmes engagées. Experte auprès de la Société des Nations sur la question de l'enfance, elle présidera le deuxième congrès panaméricain de l'enfance. De fait, les premiers Congrès ont compté de nombreuses féministes¹⁶⁵ aux côtés des réformateurs et médecins, le premier ayant été organisé en 1916 par des féministes latino-américaines. Dans la lutte pour leurs droits, les femmes n'allaient pas oublier les enfants. Aux Etats-Unis et en Amérique latine, ce groupe de femmes engagées a été qualifié de « féministes maternelles », elles allaient avoir une forte influence sur les premiers congrès panaméricains de l'enfance. Leur alliance avec les médecins allait donner de l'essor au mouvement pour les droits des enfants¹⁶⁶. De la pédagogie à la psychologie, le mouvement vers l'enfance est conduit et soutenu par les sciences émergentes du siècle.

B - Pédagogues et juristes

Sigmund Freud émet l'hypothèse que la source de névroses est à rechercher dans le

¹⁶⁴ Voir page 18.

¹⁶⁵ D. Guy, « The Pan American child congresses, 1916 to 1942: Pan Americanism, child reform, and the welfare state in Latin America », in *Journal of family history*, vol 23, Canada, juillet 1988, p. 272 à 291. L'auteur énumère trois groupes de femmes qui ont été présentes dans cette lutte: des féministes argentines, le Women's Auxiliary Committee présent au deuxième Congrès Scientifique Panaméricain et les spécialistes du Bureau des Enfants Américains.

¹⁶⁶ D. Guy, « The Politics of Pan-American Cooperation: Maternalist Feminism and the Child Rights Movement, 1913-1960 », *Gender & History*, Volume 10 n°3, Oxford, novembre 1998, p.449 à 469.

développement psychique de l'enfance. Les travaux de Jean Piaget, à partir de 1920, montrent les étapes de l'acquisition de la connaissance chez l'enfant. Il fonde ses recherches sur l'observation d'abord de ses propres enfants, puis sur des enfants en école primaire. Les manières d'enseigner se diversifient. Apparaissent avec Montessori en Italie, Dewey aux Etats-Unis, Ferriere et Claparède en Suisse, Cousinet et Freinet en France et d'autres, des systèmes alternatifs à l'enseignement public classique. La pédagogie devient une science¹⁶⁷.

Les juristes également ont rejoint le mouvement dès lors que les thèmes traités (adoption, enfants abandonnés, enfants maltraités...) ont débordé le champ de la médecine. L'arrivée tardive du droit sur la scène de l'enfance s'explique par l'influence dominante du Code Napoléon qui s'est étendu au-delà de l'Atlantique et qui restaure et consacre, fidèle au droit romain, l'autorité du père. Cette vision va de pair avec l'idéologie libérale du dix-neuvième siècle qui conforte la liberté du père à disposer de ses enfants. Les premiers codes civils en Amérique latine vont dans le même sens et abordent la question de l'enfance par le biais des institutions touchant à la capacité de l'enfant, sa représentation, son imputabilité. La puissance paternelle, consacrée en 1804, se fige devant la figure de l'enfant. Tout au long du dix-neuvième siècle,¹⁶⁸ le rôle de l'enfant évolue. Il devient un sujet social à part entière, un sujet dont l'étape de la vie est différenciée, mais auquel aucun droit, au sens moderne, n'est encore reconnu. La puissance unificatrice du Code civil connaît ses premières critiques : « le foyer familial doit devenir une école de démocratie, par la reconnaissance de droits à l'épouse et à l'enfant au nom de l'égalité ; le Code civil doit supprimer la puissance paternelle et le droit de correction¹⁶⁹ » écrit le juriste Emile Acollas. Même si, comme le précise Françoise Dekeuer-Defossez, « la puissance paternelle ne fut jamais cette puissance aveugle des pères

¹⁶⁷ L'expérience de la pouponnière de Porchefontaine à Versailles montre dans un premier temps une ébauche de lutte scientifique contre la mortalité infantile, puis dans un second temps, à partir des années vingt le développement de la puericulture.

¹⁶⁸ Le chapitre consacré au dix-neuvième siècle de l'ouvrage sur l'histoire de l'enfance en occident (Becchi, Julia 1998) est très éclairant sur la construction sociale de l'enfance, bien que le terme ne soit pas employé. A travers les jeux d'enfants, la littérature enfantine, les habits, les meubles, l'auteur, Egle Becchi montre la naissance d'une « idéologie de l'enfance très neuve ».

¹⁶⁹ E. Acollas, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le Code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique*, Paris, 1866. Cité par Jean Paul Jean, « L'élaboration du droit civil aujourd'hui », Colloque Napoléon et le Code Civil, Ajaccio, 5 novembre 2004 (en ligne) <http://www.afhj.fr/ressources/Ajaccio-Code%20civil-JPJ.pdf>

sur leurs enfants que l'on se plaît parfois à décrire¹⁷⁰ », ce hiatus juridique était créateur de tensions. Quelques « héros de l'enfance », nourris d'une vision romantique et choqués par le sort des enfants dans l'industrie, sont apparus à la fin du dix-neuvième pour réclamer des droits. Déjà des voix réclament, en Europe, l'extension du concept de droits de l'homme à la femme et à l'enfant. Acollas, civiliste et socialiste, reconnaissant l'apport de Rousseau écrit en 1873 « En somme, Jean Jacques n'arrive pas à cette formule, les droits de l'enfant, et, si on la lui eut présentée, il est probable qu'il l'eut repoussée¹⁷¹ ». Le juriste réclame l'autonomie de la personne. Pour lui le droit de l'individu est le principe et le fondement de tout droit. Un intérêt nouveau est porté à l'individualisation de la peine et à l'intentionnalité du délinquant. Avec les travaux de Saleilles, le droit prend une orientation nouvelle. A la construction sociale de l'enfance au dix-neuvième allait s'ajouter au siècle suivant une construction morale puis juridique des droits de l'enfant.

Une des revendications, en particulier des groupes féministes et socialistes du mouvement vers l'enfance étaient d'engager les gouvernements dans cette réflexion.. La Déclaration de Genève de 1924 marque la première traduction juridique de l'indignation morale devant la situation des enfants. Il faut voir ici la conséquence d'une notion nouvelle de l'Etat de plus en plus appelé à se préoccuper des questions sociales et également d'une revendication pour l'intégration de l'enfance dans la démocratie.

§ 2. - Les premiers droits de l'enfant

A la suite de la Déclaration de 1924, l'Amérique latine produit à son tour un texte original déclinant les droits dont l'enfant devrait être doté. Sans effet juridique direct, la table des droits de l'enfant est bien, en Amérique latine, un antécédent de la Convention de 1989.

¹⁷⁰ F. Dekeuwer-Defossez (présidente du groupe de travail), « Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », Rapport au garde des sceaux, septembre 1999. (en ligne) <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/994001755/0000.pdf>

¹⁷¹ E. Acollas, *Les droits du peuple*, Cours de droit politique, T1, Blot, Paris, 1873, p. 110. Acollas dédie son ouvrage à Jean Jacques Rousseau.

A - La déclaration de Montevideo

La Société des Nations par le biais de son Organisation d'Hygiène s'est emparée du thème de la mortalité infantile en réalisant une série d'enquêtes sur ce thème dans plusieurs pays européens. « L'enquête sur la mortalité infantile en Europe a apporté de si intéressantes conclusions aux autorités sanitaires de ce continent que celles d'Amérique du Sud, ont éprouvé le désir de voir cette enquête étendue à leurs propres pays. Des experts latino-américains furent en conséquence réunis en conférence à Montevideo, en 1927¹⁷² ».

La SDN a donc organisé du 7 au 11 juin 1927 sa première conférence en Amérique latine : la Conférence des experts hygiénistes en matière de protection de la première enfance¹⁷³. C'est au cours de ce débat qu'a été reprise la proposition de création d'un institut spécialisé pour l'enfance. L'Institut Interaméricain de Protection de l'Enfance (IIFI) a été inauguré en la présence de délégués de dix pays du continent¹⁷⁴. Trois ans après, la Déclaration de Genève trouve à cette occasion un écho. C'est La « Table des droits de l'enfant ». Le premier président de l'IIFI, le docteur Luis Morquio, de renommée internationale, est considéré comme l'un des fondateurs de la pédiatrie en Uruguay. Il sera nommé, en 1930, président de Save The Children, organisation non gouvernementale fondée par Eglantine Jebb, rédactrice de la Déclaration de 1924. Prenant exemple sur le Comité de protection de l'Enfance créé sous l'égide de la Société des Nations, Morquio avait proposé, dès le deuxième Congrès américain de l'enfance à Montevideo la création d'un office international américain. Le Congrès accepte le projet, présenté par son président, Luis Morquio, de créer le bureau international américain de protection de l'enfance, qui sera le centre d'études, d'action et de diffusion en Amérique de toutes les questions liées à l'enfance. A cette époque Montevideo était parfois nommée la « Genève de l'Amérique du Sud » et l'Uruguay la référence continentale sur les questions de l'enfant tant par la qualité de ses professionnels et en

¹⁷² Société des Nations, *L'organisation d'hygiène*, Section d'information, Société des Nations, Genève, 1931, p.34 à 35.

¹⁷³ Pour les données historiques concernant l'IIFI voir: Scarzanella (2003). La première conférence de la SDN a été fortement soutenue par le gouvernement uruguayen et a compté sur la présence de Ludwick Rajchman, qui fut, en 1947, le premier directeur de l'UNICEF.

¹⁷⁴ Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Cuba, Equateur, Etats Unis, Pérou, Uruguay, Vénézuéla. Aujourd'hui, l'IIN est un organisme dépendant de l'OEA depuis 1962 et dont le siège est à Montevideo.

particulier les médecins que par le développement d'un modèle innovateur de protection de l'enfance. En 1900, le pays avait un de taux de mortalité infantile les plus bas du monde¹⁷⁵.

Dans son discours d'inauguration de l'IIPI, le 9 juin 1927, le Ministre de l'Instruction publique uruguayen, Don Enrique Rodriguez Fabregat¹⁷⁶, présente la Déclaration latino-américaine des droits de l'enfant. Avec un ton grandiloquent, il met en évidence la portée symbolique d'un texte qui n'a pas de caractère juridiquement contraignant : « Je remets à la considération de tous les hommes de bonne volonté et de cœur sain cette Déclaration sur les droits de l'enfant (...) dont le respect repose dans le secret de la grandeur et la gloire des nations et des peuples ».

B - De nouveaux principes

La force de cette Déclaration, qui s'adresse aux « hommes de bonne volonté et de cœur sain », est morale. Elle met en place un catalogue de principes qui, repris, amendés, modifiés, inspireront les Déclarations suivantes. On doit l'interpréter comme le commencement du continuum juridique du mouvement vers les enfants. Son contenu est la première étape dans le continent du naissant droit des enfants. La Table innove par rapport à la Déclaration de Genève. Des droits non évoqués en 1924 y sont inscrits : le droit à la vie (article premier), le droit à l'éducation (article 2), le droit à une éducation spécialisée (article 3), le droit à l'assistance économique complète (article 6), le droit à la terre (article 7), le droit à la considération sociale (article 8) et le droit à la joie (article 9).

Si ces droits, emphatiquement proclamés, peuvent apparaître comme de simples déclarations d'intentions, le fait de les détailler montre de toute évidence la préoccupation des signataires. Le droit à la vie par exemple comprend le droit à un toit, le droit à un nom et à la reconnaissance obligatoire du père. Le droit à la santé est décrit comme la « vigilance de l'Etat pour le développement et la prospérité physiologique des enfants ». De même, le droit à la considération sociale comprend « l'abolition de la distinction juridique entre les fils

¹⁷⁵ A.E Birn, « Going Global : Uruguay, Child well-being and International Health 1890-1940 », JLI, Working Paper 1-4, Université de Toronto, Mars 2004 (en ligne)
<http://www.globalhealthtrust.org/doc/abstracts/WG1/BirnPAPER.pdf>

¹⁷⁶ Extrait du discours de Enrique Rodríguez Fabregat du 9 juin 1927. (en ligne)
http://www.iin.oea.org/2004/Convencion_Derechos_Nino/Tabla_Derechos_del_Nino.htm.

légitimes et les fils naturels » ainsi que la transformation des « asiles d'orphelins » et des « maisons de correction pour mineurs ».

Certains droits attirent l'attention par leur originalité : le droit à la joie inclut par exemple « le droit à la vie familiale sans angoisse économique », « à l'éducation sans artifice », « au pain sur table », « à l'air et à la lumière au feu qui réchauffe et à l'eau qui purifie », « le droit à être enfant pour être homme, à former avec un corps sain et une âme propre les ouvriers de la liberté les architectes de la conscience du monde. »

D'autres articles complètent des droits déjà énoncés dans la Déclaration de Genève. Par exemple le droit « à une nourriture complète » fait écho à l'article 2 de la Déclaration de Genève qui stipule que « l'enfant qui a faim doit être nourri ». Le rôle de l'Etat est précisé : il doit apporter son aide aux mères sans ressources, doit mettre en place des services publics comme les « services de la goutte de lait »¹⁷⁷ ou l'installation de cantines scolaires.

Habituellement considérés comme les premiers textes juridiques internationaux concernant les enfants, la Déclaration de Genève de 1924 et la Table de 1927 sont aussi le fruit de la réflexion internationale scientifique, surtout médicale. Œuvre de pédiatres, de médecins, de pédagogues, de personnalités éloignées du monde juridique, ces textes donnent aux droits de l'enfant une dimension davantage morale que juridique. Il ne faut donc pas voir simplement dans ces deux Déclarations philanthropie et sentimentalisme, mais bien des textes fondateurs dont l'inspiration aboutira à la reconnaissance de droits juridiquement consacrés même si elles furent, à l'époque, purement symboliques et peu diffusées. D'autres Déclarations suivront dans le continent latino-américain : la Charte constitutionnelle de l'enfance (Conférence de la Maison Blanche de 1930), la Déclaration d'opportunités pour l'enfance (septième Congrès panaméricain de l'enfant, Caracas, 1948). L'ONU, suivant l'exemple de la SDN avec la création du Comité de protection de l'enfance, créera l'UNICEF et, à son tour, produira diverses Déclarations. La proclamation des droits de l'enfant sans caractère juridiquement contraignant sera reprise dans la Déclaration des Nations Unies de 1948 et surtout dans la Déclaration de 1959. Ces textes successifs sont là encore d'ordre moral. Ce n'est qu'en 1989 que la morale sera loi internationale et contraignante. Ce passage de la morale au droit international doit retenir notre attention. Il fait l'originalité de la CIDE. Le droit des enfants devient loi internationale en 1989 comme si le droit dans le domaine de

¹⁷⁷ Les centres « goutte de lait » sont nés en France en 1892 où le docteur Pierre Budin a institué un service d'attention au nourrisson. Ils connaîtront un développement rapide en Amérique latine. Le premier centre est créé en 1908 en Uruguay.

l'enfance était l'aboutissement de la pensée morale. Cette évolution historique, nous le verrons, n'est pas à l'abri de la critique¹⁷⁸ et surtout n'est pas nécessairement garante d'une meilleure protection de l'enfant. Pourtant, ce mouvement international tant privé que public insiste sur une définition de droits opposables et contraignants.

Cette phase déclarative au niveau international se déroule parallèlement avec une phase normative au plan national. Dans un premier temps, les Déclarations internationales sont déphasées par rapport aux droits nationaux. Elles promettent des droits qui, dans les codes, sont niés. Le vingtième siècle marque à son commencement le début du traitement juridique différencié de l'enfance et, à la fin, le rapprochement entre les droits nationaux et les normes internationales.

¹⁷⁸ Voir page 345.

CHAPITRE 4. - VERS L'ENFANT AUTONOME

Les premières législations encadrant les mineurs abandonnés ou délinquants ignorent la Déclaration latino-américaine de 1927. Il n'y a pas, tant dans la lettre que dans l'esprit, d'interaction entre le texte régional et les nouvelles lois. Un droit spécifique est créé en marge des Déclarations internationales. Il durera en Amérique latine jusqu'à l'approbation de la CIDE. La Convention marque, en droit, un retournement de paradigme que les juristes latino-américains ont nommé la doctrine de la protection intégrale. Elle s'oppose à la doctrine de la situation irrégulière qui recouvre la législation des mineurs avant 1989. Elle se distingue donc du droit applicable à l'enfant en érigeant une série de droits, dont les enfants sont titulaires¹⁷⁹, jusqu'alors absents des droits internes.

Section 1. - Naissance d'une catégorie socio pénale

A la fin du dix-neuvième siècle, l'intrusion de l'Etat concernant la vie des enfants et adolescents pauvres se produit, en Amérique latine, dans un contexte de forte immigration motivée par les débuts de l'industrialisation. De nombreux enfants, venant d'Europe et des campagnes, peuplent les récentes villes latino-américaines. Dans la ville de Buenos Aires au début du siècle près de 20 % des habitants sont des enfants de six à quinze ans. Ceux qui ne travaillent pas déambulent dans la rue. Considérés comme délinquants potentiels, ils deviennent l'objet de l'intervention de l'Etat.

¹⁷⁹ Pour la distinction entre « droit applicable à l'enfant et droits de l'enfant reconnus par la société » voir Françoise Dekeuwer-Défossez, *Les Droits de l'Enfant*, QSJ, PUF, 1991 p. 4 à 5.

§ 1. - L'enfance en « situation irrégulière »

Sous l'influence du positivisme juridique et de la « doctrine de défense sociale¹⁸⁰ », l'intervention de l'Etat se fixe pour objectif la rééducation des enfants « en danger », livrés à eux même, susceptibles de troubler l'ordre public. L'objectif de ces lois est de « supprimer le cancer social que représentent les douze à quinze mille enfants abandonnés moralement et matériellement, qui ne connaissent pas de famille, parce qu'il faut savoir qu'il y a de très nombreux pères qui viennent comme immigrants et qui abandonnent leurs enfants (...)»¹⁸¹. La lecture des législations sur « la situation irrégulière », dont la finalité avouée est la protection de l'enfance, montre que l'enfant ne bénéficie pas des mêmes garanties que les adultes. Avec lui le principe de légalité ne s'applique pas. Il est l'objet du bon vouloir du juge qui agit « comme un bon père de famille », substituant un père défaillant. Les mesures de protection pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement s'appliquent sans distinction pour l'enfant abandonné et pour l'enfant délinquant.

A partir de 1920, le droit s'intéresse spécifiquement aux mineurs. Ceux qui ont affaire à la justice seront dits « en situation irrégulière ». Il s'agit des enfants abandonnés, délinquants, ou vagabonds. Les enfants « en situation irrégulière » formeront une catégorie juridique en tant que telle. L'idée que l'enfant abandonné ou vagabond devient à son tour délinquant est communément admise¹⁸². Les tribunaux des mineurs avec la figure omnipotente du juge des mineurs se chargent de les « protéger » et de les « réprimer ».

¹⁸⁰ A. Platt, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Siglo veintiuno, Mexico, 1982.

¹⁸¹ Intervention du docteur Agote, dans la session parlementaire du 28 août 1919 à la veille d'adopter la loi « de patronato » qui portera son nom. (en ligne) http://www.periodismosocial.org.ar/area_infancia_informes.cfm?ah=129, voir page 148.

¹⁸² J. Bourquin, « René Bérenger et la loi de 1898 ». *Le temps de l'histoire*, n°2, 1999, Cent ans de répressions des violences à enfants. (en ligne) <http://rhei.revues.org/document31.htm>. L'auteur cite René Beranger, inspirateur de la loi de 1898, qui en 1875 écrivait : « C'est parmi les enfants victimes que l'on retrouve les enfants coupables, c'est en intervenant auprès des enfants victimes que l'on prévient la délinquance juvénile ».

A - Les « sauveurs d'enfants »

Selon les « défenseurs de la société », L'Etat, comme expression de la société (qui représente le bien), a toute légitimité pour corriger ou réprimer celui (qui représente le mal) dont la conduite met en danger son fonctionnement. La ville est décrite comme un vivier de criminels. La science émergente, un mélange de darwinisme social et de médecine, (vue comme pathologie, infection et traitement¹⁸³), peut éliminer les problèmes sociaux. Avec l'immigration, le processus de différenciation sociale s'accroît¹⁸⁴. Les enfants riches vont au Collège national de Buenos Aires pour ensuite entrer à l'Université, les enfants des classes moyennes vont à l'école publique et les enfants pauvres à la rue.

Des dispositions particulières pour ces derniers commencent à être adoptées sous la pression des « réformateurs ou sauveurs d'enfants ». Ce mouvement, décrit comme une « croisade morale¹⁸⁵ », est composé majoritairement de femmes appartenant à la moyenne et haute bourgeoisie. L'ordre et le contrôle ainsi que la réhabilitation sont préconisés. Le mouvement des réformateurs et le développement de l'autonomie de la justice des mineurs induisent l'idée qu'existe autour du mineur une série de prérogatives. « Elles imposent des privilèges dans sa protection juridique et des exceptions pour le contrôle des 'déviances'¹⁸⁶ ». Ce mouvement connaîtra une grande fécondité sur le continent latino-américain et engendrera une réforme profonde qui s'étalera sur une période de vingt ans (1919-1939). L'idée qui soutient la réforme est de concilier la pitié sociale pour les enfants pauvres et le contrôle social pour les enfants délinquants. Pendant cette période, le « mineur » est exclu et l'enfant « inclus ». Il y a deux enfances : les enfants pauvres, objets de ces lois, et les enfants riches envers lesquels la législation est, en pratique, indifférente.

Que l'on parle de modèle, de paradigme ou de doctrine de la situation irrégulière, les caractéristiques sont les mêmes. Elles se fondent sur plusieurs facteurs et se manifestent par une réalité : une réponse judiciaire à toutes questions sociales qui concernent les enfants.

¹⁸³ Platt (1982), p. 44.

¹⁸⁴ E. Ciafardo, *Los niños en la ciudad de Buenos Aires (1890/1910)*, Centro Editor, Buenos Aires, 1992.

¹⁸⁵ Platt (1982), p. 44.

¹⁸⁶ A. Baratta, « La situación de la protección del niño en América latina », Conférence du Séminaire Infancia, Adolescencia y políticas sociales in UBA/ Fundación Pibes Unidos, Buenos Aires, 1992, p. 5.

Au sein de l'enfance, deux catégories s'opposent. Les premiers sont les « enfants », ils ont accès aux services de base sans l'intervention de l'Etat. Ils ne fréquentent ou très peu les tribunaux. Les seconds sont les « mineurs », dits « en situation irrégulière » et soumis à la « protection » du juge. Les mineurs sont des enfants vulnérables à protéger ou potentiellement dangereux et, dans ce cas, à réformer. Leur vulnérabilité va donc justifier une protection spécifique dont ils seront l'objet. L'enfant n'est pas considéré comme un sujet qui dispose de droits et qui peut en exiger le respect¹⁸⁷.

Le mouvement qui a conduit à une nouvelle considération de l'enfance et à la production de législations spécifiques est assez homogène à tel point que certains auteurs ont pu s'interroger sur ces « convergences législatives ou coïncidences chronologiques¹⁸⁸ ». L'étude porte sur quatre pays, dont le Canada. Les convergences seront encore plus marquantes dans les pays d'Amérique latine, et ce, tout au long du vingtième siècle. Trois éléments en ressortent : l'amointrissement de l'autorité paternelle, le développement d'une législation spécialisée, la création de la figure du juge pour mineurs.

B - Les mineurs sous tutelle

Cela implique¹⁸⁹ également une confusion entre le concept du mineur « en situation irrégulière » et le mineur « délinquant », entre la situation irrégulière et la situation dans laquelle un mineur commet des actes punis par le Code pénal. Les droits des mineurs vont être élaborés à partir d'une conception particulière de l'enfant : sa fragilité et son incapacité. L'enfant est défini à partir de ce qu'il ne sait pas, de ce qu'il n'est pas, ou de ce dont il n'est pas capable. L'enfant est perçu comme un être inachevé, dépendant et non autonome. Ainsi,

¹⁸⁷ Le deuxième et le troisième rapport officiel sur l'application de la CIDE en Equateur, période 1993- 2002 précisent : « la catégorie « mineur (...) a un usage social péjoratif. Le mineur est vu comme incapable, petit et de moindre importance ».

¹⁸⁸ E. Yvorel, Analyse de l'ouvrage « Eric PIERRE et Marie-Sylvie DUPONT-BOUCHAT (dir.), Enfance et justice au XIXe siècle. Essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance (1820-1914). France, Belgique, Pays-Bas, Canada, Paris, Presses universitaires de France, 2001 », in *Revue d'histoire* du XIXe siècle, 2001 en ligne) <http://rh19.revues.org/document271.html>. Le chapitre 5 intitulé « Convergences législatives ou coïncidences chronologiques (1901-1912) » étudie le contenu et l'orientation des lois dans quatre pays : Hollande, France, Belgique et Canada.

¹⁸⁹ Le développement qui suit, résume l'élaboration théorique d'Emilio García Méndez est largement inspiré de E. Garcia-Mendez (1997).

les normes relatives aux enfants vont être conçues à partir d'une conception négative. Leur vulnérabilité va justifier une protection spécifique, les enfants deviennent des objets de protection. García Méndez parle de mécanismes de charité et de répression. Cette précision peut être considérée comme la version laïque d'une vision mise en place par l'Église qui mêlait la protection du pauvre et la dénonciation d'attitudes immorales. Se crée alors la figure juridique du « mineur en situation irrégulière ». García Méndez a contribué de manière exemplaire à l'analyse de l'histoire des législations ayant trait à l'enfance en Amérique latine et plus particulièrement à l'élaboration de la doctrine de la protection intégrale qu'il oppose à la doctrine de la situation irrégulière. Il dénonce la première et promeut la seconde.

Si la famille et l'école sont considérées comme des lieux « normaux » de contention et de contrôle, tous ceux qui en seront exclus seront considérés « en situation irrégulière » et deviendront « objet de protection ». Cependant, ce « concept » d'enfant en situation irrégulière, à défaut de précision, et de définition claire ne fait pas de différence entre les enfants dont la situation justifie une assistance sociale et les enfants en conflit avec la loi. C'est sa principale carence.

Pour ces « pauvres enfants » ou « enfants de pauvres » est inventée la doctrine de la situation irrégulière. Son objet est le mineur c'est-à-dire l'enfant abandonné ou l'enfant délinquant. Cette distinction a été mise également en évidence par Gabriel Salazar. L'historien chilien¹⁹⁰ reprend le terme de mineur pour signaler que le vocabulaire, au dix-neuvième siècle, fait également une distinction entre les enfants riches appelés « petits chevaliers¹⁹¹ » et les enfants pauvres appelés « bâtards¹⁹² ». Concernant les riches, Salazar insiste sur le « système de contrôle énorme » qui pèse sur l'enfant. Il introduit ici le thème fécond de la révolte des enfants riches ou de classe sociale élevée.

Les autres, les « enfants du peuple » sont les huachos ou illégitimes, qui, au Chili, représentaient 42 % du total au début du vingtième siècle et qui représentent de nos jours, selon Salazar 56 % du total dont 70 à 80 % dans le secteur populaire.

Il explique en partie le taux d'illégitimité par l'instabilité des pères. Ils échappaient au travail salarié insuffisant pour nourrir une famille, ils échappaient aux dettes, ils échappaient à l'armée, et ils « échappaient » à la famille. C'est donc la femme qui se chargeait de

¹⁹⁰ G. Salazar (2001).

¹⁹¹ Traduction de « caballeritos ».

¹⁹² Traduction de « huachos ».

l'éducation des enfants, différenciée selon le sexe. Les garçons huachos se recherchaient entre eux. Pour Salazar¹⁹³, la « sociabilité enfantine est l'une des choses les plus belles de l'histoire du Chili ». C'est l'association des enfants pour survivre qui a donné les groupes plus ou moins organisés.

Pour se charger d'eux, l'Eglise puis la charité privée, puis l'Etat ont développé des outils qui visaient à les accueillir ou à les réprimer. A la lumière de la description de l'historien chilien, on comprend que le traitement différencié de l'enfance concernait une « minorité » largement majoritaire. De ce point de vue, tous les enfants « huachos » étaient en « situation irrégulière ». Cela a permis le développement d'un droit sans garanties, d'un droit soumis à l'arbitraire d'un juge. Ceux qui pouvaient s'en plaindre ne disposaient pas de relais dans les classes aisées pour le faire.

C'est pour García Méndez le commencement de l'histoire du mineur délinquant vu comme objet de répression et du mineur abandonné vu comme objet de compassion. Il reprend en cela l'analyse de Platt qui résume le rôle de la sanction en ces termes : « prévenir la délinquance et réformer le délinquant¹⁹⁴ ». Les peines ou les mesures de protection auxquelles ils sont condamnés sont indéterminées. Est délinquant le mineur qui commet un acte antisocial. C'est le juge des mineurs qui définit l'acte comme tel. L'arbitraire règne dans une culture juridique machiste qui réprime plus sévèrement l'avortement que l'infanticide.

§ 2. - Caractéristiques et actualité de la doctrine de la « situation irrégulière »

La doctrine de la situation irrégulière est construite comme une analyse des législations antérieures à la CIDE. Son élaboration a un objectif pédagogique. Il s'agit d'opposer l'ancien droit des mineurs au nouveau droit des enfants.

Derrière cette doctrine juridique se cache une idéologie punitive de tutelle qui postule la nécessité de contrôle sévère de l'enfance pauvre et marginale, vue comme un danger actuel et

¹⁹³ Salazar (2001).

¹⁹⁴ Platt (1982), p. 71.

futur pour la stabilité d'un ordre déterminé qu'il faut conserver.¹⁹⁵ Ce contexte particulier peut donc avoir influencé les positions émises à cette époque par des gens « dont l'intérêt n'était pas de sauver les enfants qui déambulaient dans les rues des villes récemment industrialisées (...) ni d'essayer d'améliorer la qualité de vie de la société ». Au contraire, « ils avaient un objectif clair et unique : garder leur pouvoir à travers des réformes dans le système pénal, et exercer un contrôle actif sur les éléments de la société les plus bas et les plus humbles de la société d'où pourrait éventuellement sortir des délinquants¹⁹⁶ ».

S'opère une division entre mineur et enfant qui seront respectivement exclus et inclus de la vie sociale. Cela impliquera par exemple l'impunité pour les délits commis par les enfants d'une classe sociale supérieure. Dans ce cadre la figure du juge pour mineur est omnipotente et les problèmes liés à l'enfance sont déjà juridicisés.

La liste des situations irrégulières est longue dans les codes latino-américains antérieurs à la CIDE. Le juge des mineurs est chargé de faire le tri. Son pouvoir sur le mineur est total.

A - Des situations irrégulières

Les textes juridiques relatifs à l'enfance énoncent les situations dans lesquelles ces mineurs pourront faire l'objet d'une protection¹⁹⁷. Ces articles mettent en évidence une description large et imprécise des « situations irrégulières ». L'article 32 de la loi chilienne n° 16618 de 1967 permet au juge en l'absence d'implication d'un mineur dans un délit de lui appliquer des mesures de protection s'il se trouve dans une situation matérielle ou morale jugée dangereuse. Le degré de dangerosité est laissé à l'appréciation du juge. Les mesures de protection sont définies dans cette même loi¹⁹⁸ et peuvent aller jusqu'à l'internement¹⁹⁹. Ces mesures

¹⁹⁵ J. Couso Salas, « Problèmes teoricos y practicos del principio de separacion de medidas y de programas entre la via penal-juvenil y la via de protection especial de derechos », en *Justicia y Derechos del Niño* n° 1, UNICEF, Santiago, 1999.

¹⁹⁶ G. Friele, *Regimen penal de menores en Argentina*, 2001 (en ligne)
<http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/menores.htm>

¹⁹⁷ Article 5 du Code des mineurs du Guatemala (1975), Article 119 du Code de l'Enfant de l'Uruguay (1938), Article 21 de la loi « Agote » 10 903 en Argentine (1919), Article 32 de la loi 16618 du Chili (1966), Article 120 de la Constitution bolivienne (1967).

¹⁹⁸ Article 21.

permettent au juge de conduire un enfant en prison pour une période indéterminée sans qu'il ait commis de délit. Cet élément viole le principe de légalité et sera constamment dénoncé par les promoteurs de la CIDE.

En effet, la notion de situation irrégulière comprend un large panorama de situations, chaque code en présente une liste²⁰⁰.

On note à nouveau dans les textes un amalgame entre les enfants dont la situation justifie une assistance sociale et les enfants en conflit avec la loi. Un même article traite souvent des deux cas sans faire de différence. L'avocat brésilien Edson Seda²⁰¹ présente les principales caractéristiques au sujet de la législation brésilienne avant l'adoption de la CIDE. Il confirme, par exemple, que cette loi a créé la figure du « mineur en situation irrégulière », qui comprenait les délinquants, les enfants privés de conditions de vie normale, les victimes de mauvais traitements, ceux en danger moral, ceux privés de représentation ou d'assistance légale ou ceux qui présentaient des écarts de conduite.

La doctrine de la situation irrégulière se consolide jusqu'en 1989, date de l'approbation de la CIDE. García Méndez propose une périodicité pour cette doctrine, efficace sans exception dans tout le continent²⁰². Pendant les années trente, la crise économique implique une augmentation des « mineurs » donc des enfants en situation irrégulière avec pour corollaire la judiciarisation de la politique envers eux. Les enfants pauvres sont du domaine exclusif du gouvernement et subsidiairement de l'Eglise. Après la Seconde Guerre mondiale, la croissance revenue, les politiques sociales se développent. On observe une diminution des « mineurs », mais pas de changements législatifs significatifs. L'acte délictuel devient, sous l'influence de la psychologie comportementaliste, un comportement déviant.

Avec les dictatures des années soixante-dix, on assiste à un retour de l'autoritarisme et à une augmentation de la répression envers les mineurs. La centralisation, le bureaucratisme, l'institutionnalisation sont les caractéristiques des politiques gouvernementales vers l'enfance

¹⁹⁹ Article 29-3.

²⁰⁰ Le rapport de Human Right Watch intitulé « los niños olvidados de Guatemala », HRW, New York, 1997, rappelle par exemple que le code des mineurs « a rassemblé en une seule qualification tous les enfants qui ont besoin de l'aide ou de la protection du gouvernement à l'intérieur d'une catégorie amorphe appelée situation irrégulière ».

²⁰¹ E. Seda, « Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente » in García Méndez (1997), p. 115 à 130.

²⁰² García Méndez (1997), p. 49 à 57. Le développement qui suit résume la périodicité proposée par l'avocat argentin.

pendant cette la période. Les régimes autoritaires vont parfaitement s'accorder à cette législation. Le droit des mineurs, sans être le fruit de ces régimes, a bien cohabité avec toute la politique de l'autoritarisme, surtout dans son caractère d'instrument efficace de contrôle social²⁰³. Les années quatre-vingt connaissent la montée en force des mouvements sociaux, la chute des dictatures et l'avènement des nouveaux droits des enfants.

Trois éléments caractérisent cette période : d'abord l'interventionnisme de l'Etat qui est sans limites pour les « enfants matériellement ou moralement abandonnés ». Ensuite, par l'action des pouvoirs publics les questions sociales sont institutionnalisées et juridicisées. Enfin, le juge de mineur apparaît. Son rôle, ainsi que celui des médecins spécialisés, est une des clefs de voûte du système.

La pratique des tribunaux témoigne du « pacte » entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir médical qui se scelle dans les années 30 et fige la doctrine. Cette doctrine est une production théorique faite par des « fonctionnaires » et la pierre angulaire de ce « magma juridique » est le traitement indifférencié délinquants/abandonnés sous la férule des facultés discrétionnaires du juge des mineurs.

Ces législations américaines plus que cinquantenaires, consolidées par les régimes répressifs, vont en moins de deux années être mises en lambeaux. C'est sur un plan politique plus qu'éducatif ou juridique qu'il faut lire, en Amérique latine, la CIDE.

B - Un juge omnipotent

La figure que le juge incarne n'est pas celle d'un professionnel qui dispose de compétences confirmées dans son domaine. Connaître le droit et assurer la justice ne fait pas partie des fonctions institutionnelles prioritaires de ce dernier. Au contraire, pour accomplir sa fonction, la protection des enfants, il doit adopter un rôle paternaliste²⁰⁴. C'est la vieille formule du juge

²⁰³ E. García Méndez, « Infancia ley y democracia una cuestión de justicia », in E. García Méndez, M. Beloff (coord), *Infancia, ley y democracia en América latina, Análisis crítico del Panorama Legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (1990-1998), Temis, Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1998, en particulier le chapitre « Derecho y autoritarismo », p. 19 à 20.

²⁰⁴ A titre d'exemple, nous pouvons citer l'article 113 e) du code d'Uruguay. « Il correspond au juge d'exécuter tous les autres actes qui seraient pertinents pour la protection des mineurs comme le ferait un bon père de famille ».

comme « bon père de famille » qui perdure. Face aux enfants en situation irrégulière le juge dispose d'un vaste champ d'action. Il détermine les cas où l'enfant se trouve dans une telle situation, ce qui lui donne toute latitude pour agir de manière arbitraire, ce d'autant plus qu'il n'existe pas de critère précis le limitant.

« En quelques mots, cette doctrine (de la situation irrégulière) ne signifie rien de plus que de légitimer une action judiciaire potentielle sur des enfants ou des adolescents en situation de difficulté »²⁰⁵. Une fois la situation établie par le juge, le « mineur » est à sa disposition comme l'illustrent les lois argentines et uruguayennes.

La loi argentine n° 22 278 de 1980 sur le régime pénal des mineurs affirme dans son article 2 : « s'il résulte que le mineur est abandonné, qu'il manque d'assistance, qu'il soit en danger moral ou matériel, ou qu'il présente des problèmes de conduite, le juge disposera définitivement de celui-ci (...) ». L'article 119 du Code uruguayen stipule que : « les mineurs » de moins de dix-huit ans qui commettent des délits ou des contraventions et les « mineurs » de moins de vingt et un an en situation d'abandon moral ou matériel seront mis à la disposition du juge... ». La protection de l'enfant et sa « récupération sociale » vont justifier l'adoption de « mesures de protection » par le juge.

Les « mesures de protection » qu'il prend de manière arbitraire sont aussi dénuées de garanties. Dans la plupart des cas, les lois spéciales pour les mineurs n'étaient pas accompagnées des structures institutionnelles que la même loi proposait. En pratique les mesures de répression ou de protection sont identiques et marquées par une forte tendance à l'institutionnalisation. La plupart du temps elles consistaient en une privation de liberté, enfants et adultes mélangés, et prononcés pour un temps indéterminé. « Le système de la situation irrégulière a provoqué la judiciarisation des questions sociales faisant du juge un complice de l'omission des politiques publiques plus qu'un exécutant de la justice »²⁰⁶, dénonce le juge des enfants Batista Costa. Des conflits étrangers à la sphère juridique vont être récupérés par le pouvoir judiciaire. « Les mineurs » deviennent alors des sujets passifs de l'intervention judiciaire.

Ce système mis en place exclut toute garantie à l'enfant. Les principes élémentaires du droit garantis par la constitution ne sont pas respectés. Les mineurs en conflit avec la loi sont

²⁰⁵ Garcia Méndez, « Legislaciones infanto juveniles en America Latina », in Garcia Méndez (1997) p.22.

²⁰⁶ J. Batista Costa, « El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y de la adolescencia », in *Justicia y derechos del niño*, n°2, UNICEF, Santiago, Novembre 2000, p. 43.

exclus du système pénal des adultes, ils ne disposent pas de garanties procédurales offertes aux adultes. Pour la doctrine de la situation irrégulière l'enfance est au mieux un objet de protection. García Méndez précise par la suite que cette doctrine juridique²⁰⁷ n'est pas une doctrine et encore moins juridique. Pourtant, il en fait usage pour (dis) qualifier l'ensemble du droit des mineurs d'avant la CIDE. Pour lui, cette doctrine nie les principes de base du droit et autour d'elle se construit une sémantique sur des euphémismes tels que l'institutionnalisation pour parler de la prison, ou les mesures de protection qui sont autant de sanctions.

L'intérêt de qualifier de doctrine l'ensemble du droit latino-américain touchant les enfants avant 1989 n'apparaît pas évident. Des traits en commun ne forment pas une doctrine. Si la situation irrégulière n'est pas une doctrine au sens strict, l'utiliser comme telle, est à la fois une manipulation et un effort pédagogique pour promouvoir par contraste, les actuels droits de l'enfant. La question de la pédagogie dans le droit sera, d'ailleurs, une constante des promoteurs de la CIDE.

Section 2. - Consécration des droits de l'enfant

Les législations consacrant la notion de « situation irrégulière » vont se heurter à la CIDE. Le développement des droits de l'homme à partir de 1948 puis la prise de conscience concernant la situation des enfants dans le monde à la suite de la Seconde Guerre mondiale vont aboutir à une conceptualisation plus précise des droits des enfants. Elle se fera au niveau international par la CIDE au terme d'un processus de dix ans. En Amérique latine, la CIDE a connu un accueil sans restriction et pratiquement sans débats. Il sera accompagné d'une élaboration théorique englobant l'ensemble des instruments ayant trait au droit des enfants. C'est la doctrine de la protection intégrale.

²⁰⁷ García Méndez (1997) p. 22.

§ 1. - Contexte favorable

Le Fonds des Nations Unies pour l'enfance est créé provisoirement en 1946 pour venir en aide aux enfants d'Europe. Son mandat est reconduit de manière illimitée en 1953. En 1948²⁰⁸, puis en 1959, l'Assemblée Générale des Nations Unies adopte deux Déclarations des droits de l'enfant. En 1978, à la veille de l'année internationale de l'enfant, La Pologne propose de transformer la Déclaration de 1959 en Convention. La commission des droits de l'homme des Nations Unies lui demande un texte plus complet. Ainsi débute le processus d'élaboration de la CIDE auquel de nombreuses ONG²⁰⁹ ont été associées, avec pour base de travail un deuxième projet présenté par la Pologne.

A - 1979/1989

Les travaux préparatoires²¹⁰ de la CIDE n'ont pas connu dans les premières années un engouement notable. Entre la proposition de la Pologne qui a présenté en 1978 une Convention sur les droits de l'enfant, qui reprenait la Déclaration de 1959 en lui donnant un caractère contraignant, et son adoption, dix années plus tard, pas plus d'une quarantaine de pays se sont engagés dans le processus.

La proposition initiale a été faite par la Pologne lors de la trente-quatrième session de la Commission des droits de l'homme au commencement de l'année 1978. Les délégués, au lieu de reprendre tel quel le projet polonais, ont préféré, au vu de la situation des enfants dans le monde, réécrire une convention. La contribution des pays de l'Est dans les documents

²⁰⁸ Il s'agit de la reconnaissance de la déclaration de 1924 avec quelques modifications.

²⁰⁹ Une cinquantaine d'ONG ont participé à partir de 1983 formant un groupe informel (groupe ad hoc) dont, entre autres, Alliance Save the Children, le Bureau International Catholique de l'Enfance, Defense des Enfants International. Curieusement, L'UNICEF a été peu présente dans les travaux préparatoires le domaine des droits des enfants étant étranger à sa mission d'origine plus orientée vers l'assistance voir Document des Nations Unies (E/ICEF/1986/12, décision 1986/21, cité par Francisco Pilotti). C'est à partir de l'approbation de la CIDE, en 1989, que l'UNICEF a joué un rôle protagoniste.

²¹⁰ J. Doek, N. Cantwell, *The United Nations Convention on the Rights of the Child, A Guide to the « travaux préparatoires »*, MNP publisher, 1992.

préparatoires a été importante²¹¹ en particulier concernant les droits économiques, sociaux et culturels s'opposant souvent aux pays occidentaux, défenseurs des droits civils et politiques.

L'année 1979, qui correspond au début des travaux préparatoires est marquée, par l'intervention soviétique en Afghanistan et l'instauration d'une République islamique en Iran. L'année 1989, date de l'adoption de la CIDE, est celle de la chute du mur de Berlin et des bouleversements à l'est, du retrait soviétique d'Afghanistan et de la mort de l'ayatollah Khomeiny en Iran. Le dégel des relations internationales a permis un rapprochement entre les deux blocs qui s'est traduit dans le domaine des droits de l'enfant par une Convention qui intègre les droits civils, économiques et sociaux²¹² présentant une vision holistique de l'enfant, fruit du rapprochement entre les peuples. Le relatif apaisement international a certainement contribué à la cohérence du texte.

En Amérique latine, les régimes militaires tombent les uns après les autres et la démocratie représentative s'impose. De l'Équateur en 1979 au Chili et au Paraguay en 1989, l'ensemble du continent se démocratise. La même période est marquée sur le plan mondial par une détente et sur le plan continental par une crise économique qui culminera en 1984 par la cessation de paiement du Mexique. La situation en Amérique Centrale, après des années de guerres civiles, en particulier au Salvador, Guatemala et Nicaragua, s'est également apaisée.

C'est donc dans un terreau favorable caractérisé par un monde provisoirement « réconcilié » que naît la CIDE. La progressive sensibilisation du monde, et en particulier du monde occidental, à la question de l'enfance et le contexte international de la fin des années quatre-vingt sont des éléments forts qui expliquent l'adhésion massive et rapide autour du texte des Nations Unies.

²¹¹ Doek, Cantwell (1992), p. 617.

²¹² F. Pilotti, *Globalización y Convención sobre los derechos del niño : el contexto del texto*, CEPAL, serie Políticas Sociales n°48, Mars 2001, Santiago, p. 52.

B - Une ratification « sans réserve »

Les pays d'Amérique latine peu participatifs²¹³ dans l'élaboration de la CIDE ont été, après son approbation par l'Assemblée Générale des Nations Unies, pionniers dans le processus mondial de ratification²¹⁴. Entre 1990 et 1991, tous les pays latino-américains l'ont ratifié à l'exception du Surinam et d'Haïti qui le feront respectivement en 1993 et 1995. Dans les mois qui ont suivi la ratification, le traité entré en vigueur. Tous les articles de la Convention furent adoptés. Seuls trois pays ont émis des réserves, et ce, en faveur des enfants. Celle de l'Argentine, formulée lors de la ratification, considère que les dispositions²¹⁵ concernant l'adoption internationale incluses dans l'article 21 de la CIDE ne peuvent s'appliquer en l'absence « d'un mécanisme rigoureux de protection juridique en matière d'adoption internationale afin d'empêcher le trafic et la vente d'enfant ». Celles de la Colombie et de l'Uruguay prônent une augmentation de l'âge minimal de recrutement dans les forces armées. La CIDE²¹⁶ fixe à quinze ans l'âge pour pouvoir participer aux hostilités. Pour les deux pays mentionnés, l'âge minimal de recrutement dans les forces armées est de dix-huit ans.

De même, les déclarations formulées par l'Argentine, l'Equateur, et le Guatemala renforcent, en particulier, les articles de la Convention sur la définition de l'enfant. Pour ces pays l'enfant qui doit s'entendre de tout être humain du moment de la conception jusqu'à l'âge de dix-huit ans alors que l'article premier de la CIDE stipule qu'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 ». Dans cet esprit, la déclaration argentine s'oppose implicitement à la réserve française dont l'objectif est de ne pas porter obstacle à sa législation concernant l'interruption volontaire de grossesse.

²¹³ Pour P. Alston « les personnes et les pays du sud se sont vus limités dans le processus de rédaction des instruments sur les droits de l'homme » par manque de concertation, de moyens et de vision alternative à celles proposées. in P. Alston, B. Gimour-Walsh, El interes superior del niño, Hacia una sintesis de los derechos del niño y de los valores culturales, UNICEF, 1997, p. 55.

²¹⁴ Seulement dix années après sa proclamation, la CIDE, avait été ratifiée par la presque totalité des pays du globe, ce qui est remarquable et unique pour un traité.

²¹⁵ Article 21 de la CIDE alinéas b,c, d, et e.

²¹⁶ Article 38 alinéa 3.

D'une manière générale, aucune des réserves et déclarations des pays latino-américains ne portent atteinte ni aux dispositions de la CIDE, ni à son statut, si l'on reprend une classification faite par Marie-Françoise Lücker Babel²¹⁷. Ce n'est pas le cas, dénonce l'auteur, d'autres pays, comme l'Indonésie par exemple qui, de manière générale, ou la Thaïlande, de manière spécifique, soumettent la CIDE aux dispositions constitutionnelles. Pour Lücker Babel, il est du ressort du Comité des droits de l'enfant de « surveiller l'évolution des réserves à la Convention ». Au-delà de l'orientation politique écrit-elle, il doit « dire le droit ». Par exemple, concernant la réserve de l'Argentine, le CDE s'est contenté de demander la révision et le retrait des réserves émises lors de la ratification sans préciser clairement en quoi, juridiquement, elle portait atteinte à la Convention²¹⁸.

Les raisons historiques qui ont permis la proclamation de la CIDE en 1989 ne sont celles qui ont motivé les sociétés latino-américaines à sa promotion et à son intégration dans les droits nationaux. D'une part, l'émotion devant la situation des enfants a conduit au cours du vingtième siècle à une reconnaissance progressive de leurs droits, nous l'avons vu, et d'autre part le souvenir et la crainte de régimes autoritaires ont incité la multiplication de points d'ancrage dans le droit international des droits de l'homme dont la CIDE est l'un des fruits. Cette conjoncture particulière de l'Amérique latine en 1989 a contribué pour une large part à la construction d'un discours puissant autour de la CIDE, un discours doctrinal qui, tout en assumant les avancées en matière de droit, a perçu la Convention comme un outil au service de la démocratie. C'est pour cette raison que la doctrine de la protection intégrale mise au point par des juristes latino-américains a été relayée tant par l'UNICEF que par le Comité des droits de l'enfant et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Devenue principal promoteur de la CIDE, L'UNICEF, actif dans le continent, développera alors une stratégie en trois étapes : promotion de la ratification de la CIDE, incitation aux réformes législatives nécessaires à l'intégration de la CIDE dans les droits nationaux et enfin promotion d'une culture de droits²¹⁹ par la collaboration active avec les associations civiques.

²¹⁷ M.F. Lücker Babel, « Les réserves à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international », *European Journal of International Law*, Italie, 1997, p. 664 à 682.

²¹⁸ UNICEF, Ohchr (2004), p. 65.

²¹⁹ Pilotti (2001), p. 58.

C - Le rôle émergent de la société civile

La notion de société civile est en elle-même objet de débat²²⁰. Nous l'utiliserons dans son sens large comme des groupes organisés, en dehors de l'Etat, qui sont dépositaires d'un enjeu particulier sur la question de l'enfance.

Les premiers mouvements du début du vingtième siècle en faveur des droits de l'enfant se sont organisés et leur rôle tant dans l'adoption de la CIDE que dans sa postérieure diffusion est remarquable. Pour Nigel Cantwell²²¹, consultant à l'UNICEF et fondateur de Défense des Enfants International, ONG créée en 1979 durant l'année internationale de l'enfant, « les organisations non gouvernementales ont eu un impact direct et indirect sur cette Convention qui ne connaît pas de parallèle dans l'histoire de l'élaboration d'instruments internationaux ». Pas moins de vingt-six articles de la CIDE ont été influencés par le groupe de travail des ONG dit « groupe ad hoc »²²². Les grandes ONG internationales qui ont pris part aux travaux préparatoires, ont pu diffuser le contenu des délibérations et les enjeux de la CIDE et également servir de relais entre les discussions onusiennes, les opinions publiques et les partenaires locaux en particulier en Amérique latine. Les ONG latino-américaines naissent dans les années soixante-dix en réponse à l'autoritarisme et sont comme des îlots de résistance largement soutenus par la coopération internationale. Elles sont à cette époque plus antigouvernementale que non gouvernementale.

Depuis une trentaine d'années, les expressions concernant le développement des ONG en Amérique latine sont multiples : accroissement, foisonnement, prolifération, explosion... Il ne s'agit pas ici d'étudier leur histoire ni leur rôle, mais d'essayer de mesurer leur contribution pour le développement des droits des enfants. Elles sont diverses et leurs champs d'action variés : De la cantine populaire dans une « villa miseria » de la périphérie de Tucuman qui repose sur l'engagement de quelques femmes motivées au bureau d'études parapublic de Rio

²²⁰ Il serait plus juste de parler d'organisations civiques. De fait, la notion de société civile est l'objet d'après polémiques. Pour l'état de la question voir : B. Pouligny, « L'émergence d'une 'société civile internationale' ? Processus, acteurs, enjeux », Centre d'Etudes et de Recherches Internationales (CERI), mai 2001. (en ligne) <http://www.ceri-sciencespo.com/cherlist/pouligny/stecivile.pdf>. En particulier p. 2 à 6 « Une notion d'un usage problématique ». L'auteur suggère, reprenant une terminologie anglosaxonne, une définition autour de la notion de groupes « dépositaires d'enjeux » (stake holders).

²²¹ Doek, Cantwell (1992), p. 24.

²²² Pilotti (2001), p. 53.

de Janeiro dirigé par un personnel hautement qualifié, les différences sont de taille et prêtent à équivoque lorsqu'on les regroupe sous le label « ONG latino-américaines ». Nous nous intéresserons plus particulièrement aux ONG qui ont un pouvoir d'incidence, c'est à dire qui prennent part au débat public et en particulier au débat sur les droits des enfants. Cette capacité d'incidence ne répond pas véritablement à une classification précise : urbain versus rural, ou à une classification de genre, ou d'activités, ou de thème. L'incidence serait la capacité, à partir d'une action concrète, de participer au débat public et d'influencer les politiques municipales, régionales ou nationales. Cette volonté incidence s'établit dans le discours de l'ONG, sa vision et se vérifie dans les faits. Cette capacité est elle-même souvent influencée et orientée par le financement dont elle bénéficie.

Opposées à des régimes qui les pourchassaient, les ONG latino-américaines ont utilisé une « arme » pacifique : la dénonciation des violations des droits de l'homme, relayées et soutenues par les grandes ONG internationales (Amnesty International, Human Right Watch) qui à leur tour faisaient pression sur leurs gouvernements. Largement financées par ces apports extérieurs pour des raisons évidentes dues à leur statut fragile dans leur propre pays ainsi qu'à leur faible capacité pour mobiliser des fonds nationaux, elles ont été les vecteurs de la conceptualisation et diffusion des droits de l'homme d'abord, puis des droits de l'enfant, dont la CIDE, dans la période de fin de gestation contemporaine de la fin des dictatures. Pendant la redémocratisation du continent, les leaders, de gauche pour la plupart, d'un grand nombre d'ONG sont arrivées au pouvoir avec ces deux racines : la promotion des droits de l'homme comme axe principal, mais également avec une méfiance de l'étatique, elle-même souvent renforcée par les agences de coopération. Le sociologue James Petras²²³ tout en faisant la critique de cette collusion la met en évidence. Francisco Pilotti, expert de la CEPAL, sous un angle moins politique montre la transmission du savoir sur les droits des enfants à partir d'ONG présentes lors des travaux préparatoires vers les ONG latino-américaines et ensuite vers la société dans son ensemble. Actuellement, la majorité des ONG travaillant pour l'enfance ont ancré leur mission sur la CIDE, à l'exception de celles qui se limitent à l'aide concrète et à l'assistance directe.

Les juristes latino-américains, avocats pour la plupart, formés à l'étranger et liés à l'UNICEF, vont systématiquement dénoncer « l'ancien droit des enfants ». Il sera qualifié d'arbitraire en

²²³ J. Petras, « El posmarxismo rampante : una crítica hacia los intelectuales y las ONG », in revue *Excelsior*, Mexico, 1996.

raison du rôle prééminent du juge, d'illégal, car des mesures de détention indéterminées peuvent être décidées à l'encontre d'un mineur, et d'autoritaire, car la participation de l'enfant ne sera jamais prise en compte. Leurs critiques se dirigent tant contre le contenu des lois que contre le type de production législative. Ces lois, écrit García Méndez, se sont faites dans des cercles fermés de juristes alors que la CIDE s'est élaborée sur la place publique²²⁴. Ce groupe de juristes de diverses nationalités montrera que l'ancien édifice fondé sur les législations de la première partie du vingtième siècle va peu à peu s'écrouler pour faire place aux droits de l'enfant de la CIDE. Ils se livrent donc à une déconstruction du discours juridique sur l'enfant qui a dominé au vingtième siècle. Elle touche autant les formules utilisées par ces législations que le contenu des textes. A l'inverse, pour eux, le nouveau droit des enfants n'est pas d'abord l'œuvre de juristes, mais de la société civile. En ce sens, le travail des militants ou activistes des droits de l'enfant, ajoutés à l'intégration des normes de la Convention dans les législations de chaque pays, permet, progressivement de redessiner le droit des enfants. La doctrine de la protection intégrale naît du cadre juridique international. Elle va contribuer au développement de la réflexion sur le droit des enfants, à leur diffusion tant au sein de la société civile, mais aussi comme préoccupation majeure des politiques nationales dirigées à l'enfance.

§ 2. - La doctrine de la protection intégrale

La doctrine de la protection intégrale représente le pendant idéologique de l'activité de réforme des droits latino-américains touchant l'enfance. D'une manière théorique, la condition juridique de l'enfant en Amérique latine est repensée à partir de la doctrine de la protection intégrale. L'adéquation des textes nationaux à la CIDE se fera rapidement. En revanche, l'évolution de la façon dont l'enfant en marge de la loi est considéré n'évolue pas au même rythme. Malgré la reconnaissance unanime du texte international, l'attitude des tribunaux, des gouvernements et des institutions spécialisées, ne brisent pas aussi nettement la frontière figée au début du vingtième siècle entre les mineurs et les enfants.

²²⁴ García Méndez (1997) p. 29 à 30.

Les constitutions, les codes, les politiques publiques vont fonder leur intérêt pour l'enfance sur le texte international largement influencé, en cela, par la doctrine de la protection intégrale. Cette production intellectuelle est originale à l'Amérique latine. Les deux doctrines mentionnées n'ont été ni reprises, ni utilisées pour la compréhension de l'évolution des droits de l'enfant en Europe ou aux Etats-Unis. Et ce, malgré le fait que, dans les deux continents évoqués, la CIDE représente aussi la pierre d'angle d'une nouvelle vision de l'enfant fondée sur ses droits.

A - Origine de la doctrine

La doctrine a pour origine le travail de juristes, liés à l'UNICEF, qui ont proposé une approche théorique de la CIDE à partir des législations latino-américaines sur l'enfance. Fruit d'un compromis entre les Etats, la CIDE ne se prête pas facilement à ce type d'analyse. Néanmoins, le mérite de ces intellectuels latino-américains, tous engagés concrètement dans le domaine de l'enfance, a été de mettre la Convention à la portée de tous. Production latino-américaine, la doctrine n'a pas d'équivalent dans le reste du monde. Elle n'a pas non plus fait l'objet de recherches spécifiques. Dans le continent, elle est décrite et largement utilisée plus que commentée ou critiquée.

Les termes de « protection intégrale » ont été diffusés au milieu des années cinquante. Tributaires au départ d'une vision tutélaire, ils ont pris une signification nouvelle sous la plume des juristes réformateurs peu de temps après la ratification de la CIDE.

Antérieure à la CIDE, l'expression se retrouve, par exemple, dans la constitution argentine de 1853 dont l'article 14 garantit la sécurité sociale pour « la protection intégrale de la famille ». Par la suite, le terme a été plus largement diffusé par l'Institut Interaméricain de l'Enfant lors du dixième Congrès panaméricain de l'enfant (Panama 1955). A cette occasion, les Etats Américains se sont engagés à établir pour les mineurs un nouveau droit, non répressif dont les normes seraient établies dans un seul code qui traiterait tout ce qui touche « la protection intégrale des mineurs, de la conception à la majorité, dans ses aspects moraux, sanitaires, éducatifs, légaux et économiques »²²⁵. L'expression est utilisée en 1958 lors d'une conférence

²²⁵ P. Cáceres, *Estudio de Desarrollo Legislativo*, OIT, Oficina Regional para America Latina y el Caribe, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, Pérou, août/septembre 2001.

dictée par l'avocat mexicain Arturo Valenzuela²²⁶ à Toluca au Mexique au cours de laquelle, il demande l'instauration de la « protection intégrale des mineurs comme mesure de prévision et de correction ». Plus tard, au cours du douzième Congrès panaméricain de l'enfant en 1963 (Buenos Aires) un juriste spécialiste du droit des mineurs, le docteur Juan Carlos Landó, définissait l'expression protection intégrale comme « l'authentique réponse possible à la problématique totale de conduite antisociale des mineurs et que les gouvernements d'Amérique doivent promouvoir par tous les moyens à leur disposition²²⁷ ». Si les termes ne sont pas nouveaux, leur acception actuelle est clairement définie et repose sur les principes de la CIDE. Ce n'est qu'après l'approbation de la CIDE qu'un auteur comme García Méndez en fera la description.

La doctrine de la Protection Intégrale se définit par la référence à la CIDE. Elle inclut, nous l'avons signalé, également les instruments juridiques des Nations Unies destinés à accroître et développer la protection de l'enfance qui ont suivi la promulgation de la CIDE²²⁸.

B - Approche sémantique

Une approche sémantique nous permet de saisir comment dans le langage juridique le concept de mineur a fait place à celui d'enfant. Le changement de doctrine est aussi une question de vocabulaire.

Cette nouvelle doctrine s'oppose presque symétriquement sur tous les domaines qui définissaient la condition juridique des mineurs avant l'adoption de la CIDE. D'un point de vue étymologique, là où l'on parlait de mineur, la doctrine parle d'enfants et d'adolescents, d'un point de vue pénal, là où la privation de liberté était une règle, elle devient l'exception,

²²⁶ A. Valenzuela, « Las medidas educativas para menores », *Revue El foro*, Mexico, juillet-décembre 1958.

²²⁷ U. Calvento Solari (Coord), *Legislación atinente a la niñez en las Américas*, Instituto Interamericano del Niño, Depalma, Buenos Aires, año 1995, p. 7.

²²⁸ García Méndez (1997) p. 82. L'auteur fait allusion aux textes suivants : Les règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (1990) ; les principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Riyad- 1990), la convention de l'OIT n° 182 pour l'interdiction et l'élimination des pires formes de travail des enfants (1999), La convention n° 138 de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (1973), Le protocole facultatif à la CIDE concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la participation des enfants aux conflits armés.

d'un point de vue sociologique, là où la loi était pensée pour l'enfant abandonné et délinquant, elle devient la loi de tous les enfants. Cette doctrine réfute les anciens euphémismes, elle lui préfère des termes juridiques précis. Avec elle, le langage change : l'enfant de la rue devient l'enfant sans école. Le traditionnel juge des mineurs devient juge pour enfants. Il ne peut plus prendre de décisions arbitraires. La CIDE entérine le retour des principes généraux du droit pour les mineurs. Le système de responsabilité pénale juvénile devient l'antidote contre l'arbitraire des juges « bons pères de famille ». La figure du juge des mineurs suit la notion du bon père de famille. Sa compétence presque sans limites au début du siècle est remplacée par son aptitude à l'écoute, à la négociation dans le cadre défini de la loi. La doctrine s'impose comme un négatif du système antérieur. La société participe à ce processus d'évolution du droit. Il est étonnant que les auteurs, particulièrement combatifs sur le terrain des droits de l'enfant, aient parlé de « protection intégrale » qui n'est pas le meilleur terme pour désigner la philosophie de la CIDE. C'est bien, toutefois, la notion d'enfant comme sujet de droit qui est l'axe principal de cette doctrine.

En effet, les termes de « protection intégrale » prêtent à confusion. Ils se réfèrent aujourd'hui au nouveau droit de l'enfance. Pourtant, le terme de protection suggère que l'enfance doit être l'objet de protection et non plus le sujet de droit auquel prétend s'intéresser la doctrine. C'est l'enfant de la Déclaration de Genève qui est l'enfant objet de protection ou de compassion ; C'est l'enfant qui doit être protégé des autres et de lui-même. L'ambiguïté est présente.

La terminologie employée ne suggère pas l'enfant sujet de droit d'après 1989. L'expression doctrine des droits de l'enfant serait sans doute plus appropriée. Par ailleurs, d'un point de vue pédagogique, les termes de protection intégrale seraient sans doute rejetés par ceux-là mêmes auxquels ils sont adressés, les adolescents, nouveaux sujets de droits de la CIDE.

L'expression renferme donc en elle-même l'ambiguïté dans laquelle se meuvent toujours les droits de l'enfant entre la « compassion et la répression » pour reprendre l'expression de García Méndez. Au-delà de ce débat sémantique (voir tableau ci-dessous), l'évolution notée par le juriste n'a fait depuis que s'accroître et la doctrine de protection intégrale a gagné du terrain.

Comparaison du vocabulaire des deux doctrines

Situation irrégulière	Protection intégrale
Mineurs	Enfants et adolescent
Objet de protection	Sujet de droit
Protection des mineurs	Protection des droits
Enfance divisée	Enfance intégrée
Incapables	Personnes en développement
L'opinion de l'enfant est secondaire	L'opinion de l'enfant est centrale
Situation de risque, danger moral ou matériel	Droits menacés ou violés
Mineur en situation irrégulière	Institutions en situation irrégulière
Centralisation	Décentralisation
Juge comme bon père de famille	Juge technique
Juge omnipotent	Juge limité dans ces activités par des règles légales
Privation de liberté comme règle	Privation de liberté comme exception
Mesures d'internement pour un temps indéterminé	Mesures d'internement clairement définies par la loi

Tableau inspiré de García Méndez (1997)

La doctrine est particulière à l'Amérique latine²²⁹. Dès 1993, García Méndez signalait les changements radicaux dans les législations latino-américaines inspirées de la CIDE. « Avec le terme de doctrine de la protection intégrale, il est fait référence à un ensemble d'instruments juridiques de caractère international qui expriment un saut qualitatif fondamental sur les questions touchant à l'enfance²³⁰ ». La doctrine de la protection intégrale est aussi nommée Doctrine des Nations Unies pour la protection des droits de l'enfance²³¹. Vue comme une spécificité latino-américaine, cette doctrine n'a pas fait l'objet d'étude. S'agit-il d'une doctrine née du continent latino-américain ou d'une doctrine pour le continent latino-américain ? Nous reviendrons sur cette question.

²²⁹ Dans une note de bas de page, Mary Beloff rappelle que l'élaboration théorique qui oppose la doctrine de la situation irrégulière de la doctrine de la protection intégrale est latino-américaine. Cette distinction ne se retrouve pas dans les droits européens ou aux Etats-Unis in Beloff (1999), p. 18.

²³⁰ García Méndez (1997), p. 28.

²³¹ Cette appellation provient de García Méndez (1997), p. 103. Elle ne se retrouve pas dans les documents produits par les Nations Unies. Nous retiendrons le terme de doctrine de protection intégrale majoritairement utilisé.

C - Une doctrine latino-américaine

L'Amérique latine a été un terreau fertile pour le développement intellectuel de cette doctrine en raison, en partie, du rôle répressif de l'Etat dans les périodes autoritaires. Il est devenu suspect et la démocratisation actuelle, considérée souvent comme partielle ou fragile, est à la recherche d'un droit qui s'impose aux Etats au-delà des contingences gouvernementales. Ce sera le cas du droit international de l'enfant. Dans des pays où la valeur de la loi est discutée, la doctrine de la protection intégrale défend le primat du droit international comme garant d'un droit national fluctuant. D'autre part, elle vise à mettre ce dernier en conformité avec le premier dans un souci de cohérence et d'efficacité.

Ce nouvel ensemble normatif impose un regard nouveau sur l'enfant. Il reconnaît en lui d'abord un sujet de droit, place son intérêt supérieur avant toute considération. Il se constitue aussi en paradigme autour duquel s'établit dorénavant la discussion concernant les droits des enfants.

Les processus d'adéquation substantielle des législations nationales à l'esprit et au texte de la Convention constituent un exemple de politique juridique dans lequel contenus, acteurs et formes de production du droit résistent à s'assimiler aux modèles nouveaux. Pour les doctrinaires de la protection intégrale, la Convention envoie des messages²³² : au monde juridique pour un respect des principes du droit qui doit englober les enfants, aux politiques gouvernementales pour une plus grande participation de la société sur les questions touchant l'enfance et vers les acteurs non gouvernementaux pour qu'ils intègrent et diffusent les nouveaux principes du droit des enfants.

De la ratification de la Convention, de son entrée dans système latino-américain de protection des droits de l'homme, de la révision des Constitutions à la promulgation de nouveaux codes de l'enfant et de l'adolescent, le chemin effectué par le droit des enfants développé par la nouvelle doctrine a été rapide. Ce mouvement tend vers un objectif : imposer les droits de l'enfant. Cette vague de fond provoquée par la CIDE et développée par les doctrinaires de la protection intégrale aboutit à un bouleversement de perspective concernant les enfants.

²³² García Méndez (1997).

Après le « minimum éthique » de la Déclaration de 1959, les droits des enfants connaissent le « maximum juridique » avec la Convention de 1989, qui, pour García Méndez²³³, constitue la ligne de division dans l'histoire des législations de mineurs. Dans ce cas, la conscience internationale a suppléé la conscience nationale pour la formulation des problèmes et de ses solutions. Le processus de réflexion et de travail qui a conduit à la promulgation de la CIDE s'est réalisé en même temps que la redémocratisation des pays d'Amérique latine. C'est donc sous une conjoncture favorable que peut évoluer le nouveau droit des enfants.

Le paradigme de la doctrine de la situation irrégulière du mineur comme « objet de la compassion-répression » ne pouvait perdurer en raison de nombreuses contradictions dont en particulier le non-respect du principe de l'égalité. Cette crise du « droit ancien » entrée dans une période historique critique a fait place, en théorie, au nouveau paradigme : celui de la protection intégrale de l'enfant « sujet de droit ». Pour García Méndez, « Après plus de soixante-dix ans d'hégémonie juridique et culturelle absolue des lois des mineurs fondées sur la doctrine de la situation irrégulière, la Convention internationale produit la transformation la plus profonde et la plus radicale dont on ait mémoire dans ce domaine spécifique²³⁴ ». Il décrira ce changement de paradigme de la manière suivante : « Des mineurs comme objet de compassion répression à l'enfance adolescence comme sujet de droit à part entière, est l'expression qui synthétise le mieux ce changement fondamental de paradigme²³⁵ ».

L'absence de véritable débat contradictoire autour de la CIDE en Amérique latine peut étonner. En effet, les législations sur l'enfance, fondée sur la doctrine de la « situation irrégulière », depuis l'élaboration jusqu'à la ratification de la CIDE ont été stables. Instrument qui se situe dans la logique historique de la conquête des droits de l'homme, la CIDE, nous l'avons vu, a été adoptée par des régimes dont la lutte contre les violations des droits de l'homme a été un des axes principaux. Les potentiels défenseurs du traditionnel droit des mineurs se retrouvaient déçus, marginalisés et inclus dans les fortes critiques contre le pouvoir judiciaire. L'accueil fait à la CIDE en Amérique latine a donc été pratiquement unanime et positif. Après la ratification de la Convention par les Etats, l'effort s'est porté sur son intégration dans les droits nationaux.

²³³ García Méndez (1997), p. 243.

²³⁴ García Méndez (1997), p. 245 à 246.

²³⁵ García Méndez (1997), p. 211.

L'évolution de la considération de l'enfance comme sujet et l'évolution des droits de l'homme se rejoignent en Amérique latine dans un contexte global de démocratisation. De ce point de vue, la rupture avec les régimes autoritaires donne à la CIDE une valeur symbolique particulière. La spirale vertueuse des droits de l'homme²³⁶ trouve alors sa dynamique. Les droits de l'enfant passent de l'ordre moral à l'ordre juridique. Les gouvernements se livrent à une surenchère de textes y faisant référence. Le droit international reprend ses droits en Amérique latine.

²³⁶ Voir page 42.

TITRE 2. - L'INTEGRATION DES DROITS DE L'ENFANT DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES LATINO-AMERICAINS

L'intégration de la CIDE dans les systèmes juridiques internes a été facilitée par la reconnaissance de la prééminence du droit international sur le droit interne. Les nouveaux textes constitutionnels, majoritairement, donnent aux traités ratifiés par le pays, une valeur hiérarchique supérieure à la loi, qui doit s'y conformer. Parallèlement, les droits de l'enfant font leur entrée dans de nombreuses constitutions latino-américaines, soit par référence explicite à la CIDE, soit par l'intégration dans la loi fondamentale de concepts propres à cette dernière tels que l'utilisation du terme enfant au lieu de celui de mineur, du terme de protection intégrale... De la constitution à la loi, de la pratique des tribunaux aux politiques gouvernementales en faveur de l'enfance, l'adéquation de la CIDE aux droits internes est un processus qui a connu en Amérique latine, une phase de développement rapide depuis la ratification de la CIDE jusqu'à la fin du vingtième siècle.

SOUS-TITRE I. - UNE INTEGRATION DE NATURE JURIDIQUE

Les bonnes intentions de la déclaration de 1959 deviennent avec la convention de 1989 des normes contraignantes. La CIDE édicte des règles nouvelles. Elle enjoint les Etats à modifier leurs législations pour les respecter. En cela, elle prépare le terrain à un droit international de l'enfance.

C'est par les textes que les droits de l'enfant s'imposent dans les législations latino-américaines. Citée dans plusieurs textes constitutionnels, la CIDE est ensuite déclinée dans les lois et les nouveaux codes de l'enfance. Elle entre dans les constitutions avant de s'imposer dans les lois. Son intégration est avant tout juridique. L'option moniste des constitutions latino-américaines qui permet une application directe des traités internationaux est renforcée, concernant les droits de l'enfant, par l'intégration des principes de la CIDE dans les législations nationales. Cette « dilution » du traité dans l'ordre juridique interne par le biais de codes spécifiques qui reprennent principes et concepts du traité doit être, pour ces pays, une garantie pour une meilleure effectivité de la CIDE.

CHAPITRE 1. - ADAPTATION DES CONSTITUTIONS A LA CIDE

Les gouvernements latino-américains des années quatre-vingt-dix affirment leur ancrage démocratique et leur attachement aux conventions internationales. Les conventions sur les droits de l'homme permettent d'amarrer les normes internes, suspectes d'être manipulées par le gouvernement de faction, aux normes internationales. Cet effort normatif conduira chaque Etat à donner explicitement au droit international une place prééminente et à mettre l'accent sur la constitutionnalisation des droits de l'homme.

Depuis la fin des dictatures en Amérique latine, les constitutions ont connu un bouleversement sans précédent. Elles ont été remaniées, réécrites. Cette révolution constitutionnelle donne à la CIDE le cadre juridique indispensable à son enracinement et son épanouissement d'un point de vue formel. C'est un préalable indispensable, mais insuffisant au déploiement des droits de l'enfant.

Section 1. - Droit international et constitutionnalisation des droits de l'homme

L'intégration des droits de l'homme et la reconnaissance des droits de l'enfant dans les constitutions latino-américaines se sont produites simultanément sur les plans régionaux et nationaux. Le consensus latino-américain, à l'exception de Cuba, sur le système de démocratie représentative a créé un climat favorable à une intégration rapide de la CIDE dans les systèmes juridiques nationaux.

§ 1. - Sur le plan régional

Une conséquence du lourd bilan des années autoritaires en Amérique latine est, selon une tradition établie, la volonté presque unanime de marquer dans les textes la préférence

démocratique. Le droit à la démocratie est redevable du mouvement latino-américain de promotion des droits de l'homme.

A - Le droit à la démocratie

La résolution²³⁷ adoptée pendant la vingt et unième Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains confirme l'engagement des trente-quatre membres (Cuba ayant été exclue en 1962) en faveur de la démocratie représentative. L'« engagement de Santiago », signé le 4 juin 1991, est repris dans la Charte démocratique interaméricaine adoptée lors de la première séance plénière tenue le 11 septembre 2001 qui dispose dans son article premier que : « les peuples des Amériques ont droit à la démocratie et leurs gouvernements ont pour obligation de la promouvoir et de la défendre ». Une mention spéciale concernant les enfants est faite dans la charte avec l'article 27²³⁸. Ce texte pose un premier parallélisme entre l'éducation des enfants et la démocratie. En cela, les Etats rejoignent une des hypothèses formulées par les promoteurs de la CIDE qui est de penser que ce qu'une génération n'a pu faire, la suivante en sera capable. Par extension cet article ouvre le débat sur la responsabilité des enfants pour la préservation des valeurs démocratiques.

La supériorité hiérarchique du droit international en Amérique latine n'est, aujourd'hui, guère remise en cause avec une nuance peut être dans la Constitution du Venezuela de 1999 dont l'article 23 stipule que les traités ayant trait aux droits de l'homme s'appliquent immédiatement dans la mesure où ils sont plus favorables que les lois nationales. A contrario, des traités moins favorables que la règle nationale ne s'appliqueraient pas. Ce retour démocratique consacré de nouveau dans les textes constitutionnels s'accompagne, après une traditionnelle méfiance, de la reconnaissance explicite de la supériorité du droit international sur les droits nationaux. Il est conforme en cela à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui interdit à un Etat d'invoquer des dispositions de droit interne

²³⁷ AG/RES 1080 (XXI-O/91) sur la démocratie représentative adoptée par l'OEA à la 5ème séance plénière de la vingt et unième session de son assemblée générale, tenue à Santiago (Chili) en juin 1991.

²³⁸ Article 27 de la Charte Démocratique interaméricaine « (...) Une attention particulière sera prêtée à la mise en œuvre de programmes et activités visant l'éducation des enfants et de la jeunesse, comme moyen d'assurer la permanence des valeurs démocratiques, notamment la liberté et la justice sociale »

pour justifier la non-application d'un traité. Un des principes du droit international est la bonne foi. Il est supposé qu'en adhérant à un traité l'Etat signataire d'une convention considère qu'il pourra l'appliquer et s'engage à réordonner le droit interne pour que l'exécution du traité puisse se faire et qu'aucune disposition ne contredise la norme internationale. L'inclusion des traités dans la norme constitutionnelle est un pas important qui fixe le cadre juridique et la hiérarchie de la CIDE dans les ordres juridiques interne. En ratifiant la CIDE, les Etats parties s'engagent, outre l'intention de l'appliquer d'une manière générale et de bonne foi, à intégrer les dispositions qu'elle contient dans l'ordre juridique interne. Cette question a été tranchée par nombre de constitutions latino-américaines dont l'option moniste implique l'application directe du traité dans l'ordre juridique interne. C'est ainsi que de nombreuses constitutions latino-américaines donnent de manière explicite un rôle prééminent aux traités.

A titre d'exemple, le chapitre deux de la constitution péruvienne intitulé « des traités » qui prévoit la place des traités dans l'ordre interne est sans équivoque.²³⁹. La constitution du Honduras de 1982²⁴⁰, celle d'Argentine²⁴¹, du Paraguay²⁴², ou de l'Equateur²⁴³ vont dans le même sens. Les nouvelles constitutions latino-américaines suivent la tendance de reconnaître un statut constitutionnel spécifique aux droits internationaux des droits de l'homme.

B - Constitutionnalisation des droits de l'homme

Il existe une conception particulière concernant les traités sur les droits de l'homme qui consiste à les distinguer d'autres types de traités. La CIDH l'a rappelé dans son avis

²³⁹ L'article 55 stipule que « Les traités ratifiés par l'Etat et en vigueur font partie du droit national». Droit international et droit interne ne font qu'un ».

²⁴⁰ L'article 16 stipule que « Les traités internationaux ratifiés par le Honduras avec d'autres Etats, une fois qu'ils entrent en vigueur, font partie du droit interne ».

²⁴¹ L'article 75-22 stipule que« Les traités et accords ont une hiérarchie supérieure aux lois. »

²⁴² Le Paraguay a adopté une nouvelle constitution en 1992. Cette dernière affirme dans son article 141 que les traités internationaux approuvés par le Congrès et régulièrement ratifiés font parti du droit interne.

²⁴³ La nouvelle constitution de l'Equateur, entrée en vigueur le 10 août 1998, dispose que, selon l'article 163, « les normes contenues dans les traités...une fois promulgués au registre officiel font parti de l'ordre juridique de la république et prévalent sur les lois et autres normes de hiérarchie inférieure. »

consultatif n°244 en précisant que « les Etats, en approuvant ces traités, assument un ordre légal dans lequel, pour le bien commun, ils assument de nombreuses obligations non en relation avec d'autres Etats mais envers les individus qui sont sous leur juridiction ». La constitutionnalisation va de pair avec l'internationalisation. Les droits de l'homme sont une obligation *erga omnes*. La redéfinition des constitutions est contemporaine du mouvement presque unanime des pays latino-américains en faveur de la démocratie représentative et du rejet des régimes militaires. Les droits de l'homme, mis à mal au cours de la décennie antérieure, sont réaffirmés avec force. Comme le signale Hector Fix-Zamudio, chercheur à l'Université Autonome de Mexico, « on observe dans les dispositifs constitutionnels latino-américains une évolution qui octroie une hiérarchie supérieure aux normes de droit international (...). Le droit international des droits de l'homme est celui qui a connu le plus grand développement ces dernières années²⁴⁵ ». Le nouveau consensus autour du « droit à la démocratie » pour les peuples latino-américains doit donc beaucoup à la promotion des droits de l'homme. Les droits des enfants sont également portés par cet élan normatif. García Méndez rend hommage à tous ceux qui ont œuvré contre les régimes autoritaires et se réjouit de l'avènement des droits de l'enfant²⁴⁶. « Avec deux cents ans de retard signale-t-il en citant la Révolution française, les enfants ont enfin conquis leurs droits de l'homme ». Le formalisme constitutionnel donne un cadre puissant à la CIDE. C'est une consécration officielle de laquelle vont naître de nombreux codes de l'enfance et de l'adolescence, qui, tous, s'inspirent du texte international.

La question des droits de l'homme est sensible. Garants juridiques de la protection des citoyens, ils sont inclus dans plusieurs constitutions. On parle alors de constitutionnalisation des droits de l'homme. La nouvelle constitution du Venezuela de 1999²⁴⁷ ainsi que la

²⁴⁴ Avis consultatif OC-2/82 del 24 du septembre 1982, CIDH.

²⁴⁵ H.Fix-Zamudio, « Los tratados internacionales de derechos humanos »; V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, UNAM, Mexique, 1998, p. 351.

²⁴⁶ García Méndez (1998), p. 27.

²⁴⁷ Article 23 : « Les traités, pactes, conventions relatives aux droits de l'homme et ratifiés par le Venezuela ont une hiérarchie constitutionnelle et prévalent sur le droit interne dans la mesure où ils contiennent des normes sur la jouissance et l'exercice plus favorable à celles qui sont établies par la constitution et la loi de la république. Ils sont d'application immédiate et directe par les tribunaux et les autres organes du pouvoir public. »

constitution colombienne²⁴⁸ de 1991 ou celle du Guatemala de 1985²⁴⁹, sans faire une référence directe à la CIDE, lui octroient une place constitutionnelle. Comme pour abjurer le passé autoritaire, les droits de l'homme et les droits de l'enfant, s'imposent dans de nombreuses constitutions. Ce mouvement est renforcé par l'effectivité réelle du contrôle de constitutionnalité et par l'ensemble du système américain de protection des droits de l'homme.

§ 2. - Sur le plan national

Dans cette tendance de constitutionnalisation des droits de l'homme, s'inscrit l'inscription des droits de l'enfant dans les textes fondamentaux.

Le succès de la Convention réside tant dans sa proclamation que dans son intégration progressive dans le droit interne des pays latino-américains. Absent en tant que tel des législations nationales, le nouveau droit des enfants aurait couru le risque d'être lettre morte ou au mieux un condensé de bonnes intentions.

A - La CIDE et les nouvelles constitutions

Avec la CIDE, l'enfant, absent jusqu'alors, fait irruption dans les nouvelles constitutions (voir tableau ci-dessous). Certaines l'intègrent directement en citant la Convention, d'autres en reprennent le vocabulaire.

²⁴⁸ Article 93 : « Les traités et accords internationaux ratifiés par le Congrès qui reconnaissent les droits de l'homme et qui interdisent leur limitation, prévalent dans l'ordre interne les devoirs et droits consacrés dans cette charte s'interpréteront en conformité avec les traités internationaux ratifiés par la Colombie ».

²⁴⁹ Article 46 : « S'établit le principe général qu'en matière de droit de l'homme, les traités et conventions acceptés et ratifiés par le Guatemala, ont une prééminence sur le droit interne ».

Présence des droits de l'enfant dans les constitutions

Pays	Date de la Constitution et/ou changement constitutionnel	Articles se référant explicitement aux droits de l'enfant
Argentine	1994	Art 75
Bolivie	1967 réformes 1994	Art 199
Bésil	1988 réformes 1999	Art 227
Colombie	1991 réformes 1997	Art 44, Art 45
Costa Rica	1949 réformes 1996	Art 55
Cuba	1976 réformes 1992	Art 40
Equateur	1998	Art 49, Art 50
El Salvador	1983 réformes 2000	Art 34, Art 35
Guatemala	1985 réformes 1993	Art 51
Honduras	1982	Chapitre IV
Mexique	1917 reformes 1999	Réforme de l'article 4
Nicaragua	1987 réformes 1995	Art 84
Panama	1972 réformes en 1978, 1983 et 1994	Art 106
Paraguay	1992	Art 54
Pérou	1993	Art 4
Venezuela	1999	Art 78

C'est le cas de la Constitution du Honduras de 1982²⁵⁰ dont le chapitre 4 du titre III est intitulé « des droits de l'enfant », ou de celle du Paraguay dont l'article 54 intitulé « de la protection de l'enfant » garantit le plein exercice de ces droits²⁵¹. Déjà, la constitution paraguayenne de 1967²⁵² faisait place à la protection intégrale de l'enfant. Dans celle de 1992, l'article 137

²⁵⁰ Le Honduras a été un des vingt premiers pays à ratifier la CIDE.

²⁵¹ Article 54 : « La famille, la société et l'Etat ont l'obligation de garantir à l'enfant son développement harmonieux et intégral ainsi que le plein exercice de ses droits (...). Toute personne peut exiger à l'autorité compétente l'effectivité des ces garanties et la sanction des infracteurs ».

²⁵² La constitution de 1967 disposait : Article 85 « ... les mesures nécessaires seront dictées pour assurer à tout enfant sans aucune discrimination la protection intégrale à partir de sa conception ». Article 87 : « La tutelle et la protection des mineurs feront l'objet d'une législation spéciale qui comprendra la création d'organismes et de tribunaux spéciaux ».

précise la force hiérarchique des traités intégrés au droit positif national. Supérieurs à la loi, ils sont situés au dessous de la constitution. Outre les dispositions constitutionnelles générales relatives aux droits de l'homme²⁵³ ou à l'éducation²⁵⁴, la constitution fait une référence expresse et développée sur les droits de l'enfant dans son article 54²⁵⁵.

D'autres constitutions font référence directe à la CIDE. C'est le cas de la Constitution argentine dont l'article 75 al.22²⁵⁶ cite nommément la CIDE en lui conférant une hiérarchie constitutionnelle. Il en va de même pour le Nicaragua qui, dans sa loi de réforme de la Constitution politique adoptée en 1995 dans son article 71 rappelle que la CIDE est en vigueur. Le texte constitutionnel fait une mention spéciale des filles. Rappelons que la constitution du Nicaragua date de 1987²⁵⁷. De même, la Constitution de Bolivie dans son article 199 dispose que : « L'Etat (...) défendra les droits de l'enfant à un foyer et à l'éducation ». Sans faire référence expresse à la CIDE, la constitution du Brésil s'en inspire quant au mode de production et au contenu du texte. L'article 6 de la Constitution équatorienne, l'une des plus détaillée sur les droits de l'enfant, affirme la citoyenneté des enfants et leur garantit la jouissance de « tous les droits établis par la constitution ».

Dans une section intitulée « des groupes vulnérables », elle institue un régime plus favorable aux enfants. L'article 48 oblige « l'Etat, la société et la famille à promouvoir en priorité absolue le développement intégral des enfants et des adolescents et d'assurer le plein exercice de leurs droits ». Le terme enfant remplace celui de mineur propre aux législations antérieures. Le principe recteur de la CIDE, l'intérêt supérieur de l'enfant fait son

²⁵³ Articles 143 et 145.

²⁵⁴ Article 85 sur le budget et article 77 sur la reconnaissance des langues guarani et espagnole comme langue officielle d'enseignement.

²⁵⁵ Ce dernier dispose que « La famille, la société et l'Etat ont l'obligation de garantir à l'enfant son développement harmonieux et intégral, tel que l'exercice entier de ses droits en le protégeant contre l'abandon, la malnutrition, la violence, l'abus, le trafic et l'exploitation. Toute personne peut exiger à l'autorité compétente l'accomplissement de telles garanties et la sanction de ceux qui commettent des infractions ».

²⁵⁶ L'article précise que « les traités et concordats ont une hiérarchie supérieure à la loi ». Suit une énumération des traités, dont la CIDE, qui a une hiérarchie constitutionnelle.

²⁵⁷ Plusieurs articles se réfèrent aux enfants : L'article 71 rappelle que la CIDE est en vigueur. L'article 76 stipule que : « l'Etat créera des programmes et développera des centres spéciaux pour veiller aux mineurs. Ces derniers ont le droit aux mesures de prévention, de protection et d'éducation que leur condition requiert de la part de leur famille, de la société et de l'Etat » et l'article 79 affirme « le droit à l'adoption dans l'intérêt du mineur, la loi devant en préciser les modalités ».

apparition²⁵⁸. L'article 49 reconnaît expressément les droits des enfants et des adolescents en ces termes dans une formule holistique inspirée directement de la CIDE²⁵⁹. L'article 50 précise avec minutie la manière dont l'Etat garantira ces droits. L'article 51 pose les bases de l'amélioration de la justice²⁶⁰. Enfin, la constitution établit un nouveau système national décentralisé (article 52) qui assure la participation de la société civile.

Dans le même esprit, la constitution vénézuélienne affirme que : « les garçons, les filles et les adolescents sont des sujets de droit et seront protégés par la législation, les organes et les tribunaux spécialisés²⁶¹ ». Ces derniers devront respecter, garantir et développer ce qui est contenu dans la « constitution, la CIDE et les autres traités internationaux qu'ils auront souscrits en la matière et que la république aura ratifiés. » L'Etat, les familles et la société assureront avec une priorité absolue la protection intégrale des enfants et prendront en compte leur intérêt supérieur dans les décisions et les actions qui les concernent. L'Etat encouragera leur intégration progressive à la citoyenneté active et une entité nationale dirigera les politiques pour la protection intégrale des enfants et des adolescents. L'article 75 protège les familles²⁶². L'article 79 est consacré aux jeunes²⁶³. On peut mesurer à la lecture parfois répétitive de ces articles le changement formel qu'a entraîné la CIDE dans les textes constitutionnels. Outre les droits des enfants sont inclus d'autres droits de groupes déterminés comme les droits indigènes, les droits des femmes, les droits des handicapés... Il existe peu

²⁵⁸ L'article 48 précise aussi que « dans tous les cas, s'appliquera le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et leurs droits seront prioritaires sur ceux des autres ».

²⁵⁹ Les enfants et les adolescents jouiront des droits communs de l'homme en plus de ceux qui sont spécifiques de leur âge. L'Etat leur assurera et leur garantira le droit à la vie à partir de la conception, à l'intégrité physique et psychique, à l'identité, au nom et à la citoyenneté, à la santé intégrale et à la nourriture, à l'éducation et à la culture, au sport et au divertissement, à la sécurité sociale, à avoir une famille et profiter de la vie familiale et communautaire, à la participation sociale, au respect de sa liberté et de sa dignité, et à être consulté pour les sujets qui les concernent. L'Etat garantira sa liberté d'expression, et d'association, le fonctionnement libre des conseils d'étudiants et les autres formes associatives en conformité avec la loi.

²⁶⁰ Article 51 « les moins de dix-huit ans seront sujets à la législation de mineurs et à une administration de justice spécialisée ».

²⁶¹ Article 78.

²⁶² « Les enfants et les adolescents ont le droit de vivre, d'être élevés et de se développer au sein de leur famille d'origine. Lorsque cela est impossible ou contraire à leur intérêt supérieur, ils auront droit à une famille de substitution en conformité avec la loi. L'adoption a des effets similaires à la filiation et elle se fait toujours au bénéfice de l'adopté (e) en conformité avec la loi. L'adoption internationale est subsidiaire à la nationale. »

²⁶³ Ils ont « le droit et le devoir d'être des sujets actifs du processus de développement. L'Etat avec la participation solidaire des familles et la société créeront des opportunités pour stimuler son passage productif à la vie adulte et en particulier la formation et l'accès au premier emploi en conformité avec la loi ».

d'exemples de réécriture de pans entiers d'une législation spécifique à l'aune d'une Convention internationale. Le cas de la CIDE en Amérique latine en est un.

B - Le cas du Mexique

Cette originalité latino-américaine est illustrée par l'exemple de la Constitution mexicaine.

Le Mexique, composé de trente et un Etats et d'un district fédéral, a ratifié en 1990 la CIDE qui, automatiquement, s'est incorporée au droit interne. La « loi nationale pour la protection des droits des enfants²⁶⁴ et adolescents » a été adoptée en 2000. Elle vise à « garantir aux enfants et aux adolescents la tutelle et le respect des droits fondamentaux reconnus dans la constitution ». Parallèlement à cette construction juridique, l'article 4 de la Constitution a été modifié pour incorporer les acquis de la CIDE et en particulier la reconnaissance des enfants comme sujets de droit. Cet article sert de fondement à la loi qui a suivi. A la lumière de l'incorporation de la CIDE au droit interne, le 13 décembre 1999, la chambre des députés a approuvé une réforme constitutionnelle (constitution en vigueur depuis 1917). Elle a introduit la notion des droits de l'enfant et énonce certaines obligations à l'égard de l'Etat, de la famille et de la société. Cette réforme marque un premier pas vers l'intégration de la CIDE en droit interne et une rupture avec l'ancien système dans lequel l'enfant était considéré comme objet de protection.²⁶⁵

Aujourd'hui, le nouveau texte²⁶⁶ affirme : « l'homme et la femme sont égaux devant la loi. Celle ci protégera l'organisation et le développement de la famille (...). Toute personne a droit de décider de manière libre, responsable et informée du nombre et de la régulation des naissances de ses enfants ». Toute personne a droit à la protection de la santé. La loi définira les bases et les modalités pour l'accès aux services de santé... Toute personne a droit à un entourage adéquat pour son développement et son bien-être. Toute famille a droit de jouir d'un logement digne. La loi doit mettre les moyens nécessaires à la réalisation de cet objectif. Les enfants ont droit à la satisfaction de leurs nécessités alimentaires, sanitaires, éducatives, et

²⁶⁴ L'intitulé de la loi spécifie garçons et filles.

²⁶⁵ En 1980, l'article 4 de la Constitution avait été rédigé ainsi: « Il est du devoir des parents de sauvegarder le droit des mineurs (...).»

²⁶⁶ Article 4.

environnementales pour leur développement intégral. Les ascendants, tuteurs et gardiens ont le devoir de préserver ces droits. L'Etat fera le nécessaire afin de promouvoir le respect de la dignité de l'enfance et le plein exercice de ces droits. L'Etat offrira des facilités aux particuliers pour qu'ils collaborent dans la réalisation des droits de l'enfance. Outre ces dispositions, la constitution comprend d'autres références aux enfants. Par exemple, l'article 123 interdit aux employeurs de signer des contrats avec les enfants de moins de quatorze ans. L'article 18 dans son paragraphe 4 déclare que « la Fédération et les gouvernements des Etats établiront des institutions spéciales pour le traitement des mineurs en infraction avec la loi. » L'article 3, réformé par décret en 1993, affirme que tout individu a droit à recevoir une éducation. L'Etat fédéral offrira une éducation préscolaire, primaire et secondaire. L'éducation sera obligatoire, laïque, démocratique et gratuite.

Ces différents exemples montrent l'influence considérable de la CIDE sur les Constitutions. Elle s'exprime par des concepts et des expressions nouvelles qui n'apparaissaient pas dans les constitutions antérieures. Les expressions « sujet de droit ou protection intégrale²⁶⁷ » sont propres au nouveau droit de l'enfant. Ils font écho à la doctrine du même nom. L'introduction du terme adolescent que l'on retrouve dans les constitutions de l'Equateur²⁶⁸, du Nicaragua²⁶⁹, du Venezuela²⁷⁰, du Pérou²⁷¹ ou bien la distinction entre les garçons et filles²⁷² mettent en évidence la nouvelle politique dite de « genre » promue par les Nations Unies. Un langage nouveau, directement né de la doctrine de la protection intégrale, commence à s'imposer. L'utilisation de mots spécifiques devient révélatrice de l'option pour les droits de l'enfant. Une vision « politiquement correcte » fondée sur la CIDE voit le jour. Aucune convention n'avait jusqu'alors influencé si directement les textes constitutionnels. La constitution se présente aujourd'hui comme la garantie de la permanence juridique des droits de l'enfant.

²⁶⁷ L'article Constitution du Venezuela de 1999 stipule que « l'Etat, les familles et la société assureront, avec une priorité absolue, la protection intégrale (de l'enfant) »... et l'article 52 de la constitution équatorienne précise que « l'Etat organisera un système national décentralisé de protection intégrale pour l'enfance et l'adolescence ».

²⁶⁸ Articles 48,49, 50 et 52.

²⁶⁹ Article 84.

²⁷⁰ Article 78.

²⁷¹ Article 4.

²⁷² Article 78 de la Constitution vénézuélienne.

Section 2. - CIDE et jurisprudence

Parce qu'elle est une Convention internationale, parce qu'elle est une convention se référant aux droits de l'homme, parce qu'elle est nommément citée dans les textes ou indirectement évoquée, la CIDE devient à la fois norme et référence, droit positif pour les tribunaux et source d'inspiration pour les politiques publiques. Suivie ou contredite, elle est aujourd'hui la référence pour toute question touchant l'enfance. Elle est, par la force des Constitutions, l'axe autour duquel se développent les nouveaux droits de l'enfant.

Il est acquis que la démocratisation en Amérique latine est une victoire des droits de l'homme. De même, l'intégration de la CIDE dans l'ordre juridique interne est une victoire des droits de l'enfant. Mais les règles de droit inspirées par la CIDE et codifiées dans les droits internes, doivent être analysées également quant à leur application par les tribunaux, en particulier pour les questions touchant le contrôle de constitutionnalité. Il existe peu d'analyses de la jurisprudence concernant les droits de l'enfant²⁷³ et il est difficile de proposer une interprétation durable des décisions des tribunaux. De plus, quand bien même les tribunaux appliqueraient à la lettre et dans l'esprit la CIDE, auraient-ils les moyens de faire respecter leur décision ? Concernant les droits civils sans doute, en revanche la question n'est pas réglée pour les droits sociaux. Par exemple le respect du droit à l'éducation en Colombie, a pu être qualifié de droit impossible. De même, le cas du Guatemala montre les réticences des tribunaux lorsque les droits en question empiètent ou questionnent le pouvoir politique. Concernant la jurisprudence constitutionnelle, la tendance signalée par les Nations-Unies lors de la commémoration du dixième anniversaire de la CIDE, est que les tribunaux de différents pays ont de plus en plus recours aux traités internationaux des droits de l'homme « de manière imaginative et créative pour atteindre les objectifs consacrés dans ces traités²⁷⁴ ».

²⁷³ C. Crouzat, « Analisis del comportamiento jurisprudencial de la corte suprema en materias de familia desde los años 1997 a 2003 », Projet en cours dirigé par l'avocate non publié, Université du Chili.

²⁷⁴ Colloque sur l'application du droit international des droits de l'homme sur le plan interne, Division des Nations Unies pour le progrès de la femme, Vienne, 27-29 octobre 1999.

§ 1. - Service militaire et protection de l'enfant en Colombie

La cour constitutionnelle colombienne a vu se multiplier les recours de jeunes recrues, pères de famille, dont l'objectif était d'échapper aux obligations militaires pour pouvoir s'occuper de leurs enfants. Le tribunal suprême a tranché en faveur de la primauté du droit de l'enfant à la protection. Cette courageuse décision, dans un Etat en situation de guerre civile, a suscité de vives réactions gouvernementales.

A - La jurisprudence

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle de Colombie illustre l'entrée des droits de l'enfant dans le droit positif et leur opposabilité à d'autres devoirs, en l'espèce²⁷⁵ l'obligation du service militaire. Deux normes s'opposent : d'une part, le droit des enfants à vivre dans leur famille reconnu par l'article 44 de la Constitution colombienne qui stipule qu'« avoir une famille et ne pas être séparé d'elle constitue un droit fondamental de tout enfant... » Il fait écho à l'article 9 de la CIDE : « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré (...) ». D'autre part, la constitution impose l'obligation du service militaire à tous les Colombiens²⁷⁶. En remplissant leurs obligations militaires, les pères ne peuvent plus assumer leurs responsabilités au sein de la famille. Le contexte de ce débat se déroule dans un pays violent, en situation de guerre civile. Assumer les obligations militaires c'est, en Colombie, risquer sa vie.

Les faits présentés à la Cour sont simples. Une jeune femme de dix-sept ans, enceinte, réclame la présence de son concubin pour pouvoir subvenir au besoin d'un enfant âgé d'un an. Or, le père vient d'être enrôlé dans les forces armées. En première instance, le tribunal refuse la demande de la pétitionnaire au motif que ce cas n'entre pas dans les exceptions au service militaire prévues par la loi. C'est ce jugement que la cour constitutionnelle va casser

²⁷⁵ Sentencia n° T-358/95 Septième chambre de révision de la Cour constitutionnelle voir décision contraire sentencia n° T-451/94 dans laquelle est signalée la « primauté des droits de l'enfant », mais qui ne s'appliquent pas en l'espèce.

²⁷⁶ Article 216 de la Constitution, parag.2 « Tous les colombiens sont obligés de prendre les armes quand les nécessités publiques l'exigent pour défendre l'indépendance nationale et les institutions publiques ».

en argumentant que « l'incompatibilité entre l'obligation d'effectuer le service militaire et l'obligation de soutenir, alimenter et protéger les enfants mineurs doit se résoudre en faveur des droits dont la protection est prioritaire », en l'occurrence les droits de l'enfant. La cour poursuit son argumentation en reprenant les éléments d'une décision précédente²⁷⁷ : « la doctrine constitutionnelle reconnaît la primauté des droits de l'enfant²⁷⁸ sur les droits des autres, incluant les droits de l'Etat à exiger de ses membres la contribution effective au soutien de l'indépendance et de la souveraineté nationales ».

Deux ans auparavant, dans un cas similaire, la Cour Constitutionnelle²⁷⁹ a privilégié les obligations militaires d'un jeune père de famille malgré un jugement²⁸⁰ qui, s'appuyant sur les droits de l'enfant, permettait l'exemption du service militaire. Ces deux décisions de la Cour Constitutionnelle sont diamétralement opposées sans doute en raison de l'exposé des faits qui révéleraient dans le dernier cas une volonté délibérée d'échapper au service militaire. La jurisprudence est néanmoins claire sur cette question de la primauté des droits des enfants. Elle a été fixée dès 1993 par l'expression suivante : « Le service militaire bien qu'il constitue un devoir des colombiens et un droit que la patrie peut exiger ne peut s'imposer aux intérêts des enfants que la Constitution politique a consacrés comme droits fondamentaux et leur a reconnu une évidente primauté sur les autres²⁸¹ ».

C'est dire l'importance du contrôle constitutionnel comme garant des libertés en Colombie²⁸². Ainsi le reconnaît la commission andine de juristes par ces mots : « la Cour Constitutionnelle est, sans l'ombre d'un doute, l'institution de l'Etat qui a contribué de manière décisive au développement des droits de l'homme dans le pays²⁸³ ». Ce même rapport s'inquiète des fortes critiques que subit la Cour Constitutionnelle et des menaces de réformes qu'elle encourt. Le

²⁷⁷ Décision n° 491 de 1993 qui fixe la jurisprudence et reconnaît également les droits de l'enfant à naître.

²⁷⁸ Article 44 de la Constitution colombienne : « les droits des enfants prévalent sur les droits des autres ».

²⁷⁹ Cinquième chambre de Révision, Ref. : Expediente T-12381, 28 juillet 1993.

²⁸⁰ Jugement de tutelle 19 mars 1993, Cinquième tribunal pénal municipal de Santiago de Cali.

²⁸¹ Décision de la cour constitutionnelle 326 de 1993.

²⁸² Cette garantie s'est aussi exercée concernant les droits sociaux et culturels des enfants. La Cour constitutionnelle colombienne a en effet permis la réintégration de jeunes filles qui avaient dû interrompre leurs études pour des raisons de grossesse, en invoquant le droit à l'Education. Sentence de la Cour Constitutionnelle T420/92, magistrat Rodriguez. « L'éducation comme un droit fondamental ».

²⁸³ Comision Andine de juristes, *Rapport sur la situation des droits de l'homme et du droit humanitaire en Colombie*, Bogotá, 20 mars 2003.

juge devient le concurrent du gouvernement tant pour le respect du principe de légalité que pour l'élaboration de politiques publiques. La position courageuse des juges met l'accent aussi sur la fragilité de l'Etat de droit.

B - Réactions gouvernementales

Au delà de la question militaire proprement dite, évoquée dans les cas précédents, les décisions de la cour constitutionnelle colombienne ont entravé la politique du gouvernement par les rappels constants à ses engagements en matière de droits de l'homme. Cette limitation que le pouvoir judiciaire impose au pouvoir politique a abouti à une vive réaction de ce dernier qui tend à remettre en question les compétences de la Cour.

Un article du ministre de l'Intérieur de la justice, Fernando Londoño Hoyos²⁸⁴, s'attaque, de manière ironique, à la Constitution de 1991 et aux développements qu'en a fait la cour constitutionnelle. Il dénonce en particulier les coûts dérivés d'une politique de défense des droits de l'homme. Le résultat de ce débat plus politique que juridique se retrouve dans le projet de modification de la Constitution²⁸⁵ qui a pour objectif de limiter considérablement les attributions de la Cour Constitutionnelle. Ce projet a été vivement critiqué par les organisations de droits de l'homme²⁸⁶. Entre autres critiques, le projet de loi de réforme constitutionnelle prévoit que les juges ne pourront imposer aux autorités publiques des obligations impossibles à assumer. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, le même Fernando Londoño Hoyos met de nouveau en avant, cette fois-ci dans un style plus académique, le critère économique²⁸⁷ « Par des recours en garantie des droits²⁸⁸ ont été donné

²⁸⁴ F. Londoño Hoyos, « La economía en la constitución de 1991 », *Revista Javeriana*, n°678, Tomo 137, septembre 2001.

²⁸⁵ Projet d'acte législatif n° 10/2002.

²⁸⁶ En particulier le chapitre « Affaiblissement de la cour constitutionnelle », Comisión Andina de juristas (2003).

²⁸⁷ Exposé des motifs du projet de loi n°10/2002, Congrès de Colombie.

²⁸⁸ La traduction de l'expression « recurso de amparo o de tutela » n'existe pas en français, car la figure juridique est absente. Nous utilisons la traduction généralement acceptée de « recours en garantie des droits ou recours en tutelle ». Ce recours permet à un citoyen de saisir un tribunal de toute norme particulière ou générale qui porte préjudice à ses droits fondamentaux.

des ordres qui engagent la structure budgétaire d'entités administratives ou qui obligent à l'impossible, contre les préceptes élémentaires du droit ». Les tentatives de réformes ont été suffisamment menaçantes pour alerter la commission des droits de l'homme des Nations Unies²⁸⁹ qui s'est exprimée en ces termes : « La Haut-commissaire a eu connaissance de certaines propositions tendant à restreindre les pouvoirs de la Cour constitutionnelle. Bien qu'elles n'aient pas abouti, la Haut-commissaire tient à souligner que, dans un Etat régi par le droit, il est fondamental de garantir l'exercice des fonctions de contrôle afin de renforcer et de légitimer les politiques de sécurité du gouvernement lui-même ».

Jusqu'à présent et malgré les critiques, le cas colombien montre que le contrôle de constitutionnalité s'avère une réelle protection pour les droits des enfants. Cela peut se révéler un coin pour la politique gouvernementale. Par le passé, la logique du pouvoir l'emportait systématiquement sur la logique du droit. Ce phénomène est moins évident aujourd'hui même si le pouvoir politique peine à se subordonner aux décisions judiciaires.

§ 2. - Enlèvement d'enfants en Argentine

Le recours aux traités sur les droits de l'homme dont la CIDE est de plus en plus fréquent. Le cas des enfants soustraits par les militaires à leurs parents légitimes pendant la dictature argentine l'illustre. Devant les obstacles juridiques, les familles d'origine invoquent le droit à l'identité comme fondement juridique fort pour récupérer légalement les enfants raptés pendant la dictature.

A - Obstacles juridiques

Avant de mettre en évidence le rôle de la CIDE comme fondement juridique permettant ou facilitant la poursuite des infracteurs, il convient de prendre en considération des faits qui ont touché plusieurs centaines d'enfants. Le cas décrit ci-dessous a été choisi parmi des centaines

²⁸⁹ Commission des droits de l'homme, soixante et unième session, *Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme en Colombie*. Doc. E/CN.4/2005/10, 28 février 2005, p.18.

qui, tous, montrent comment dans une période de dictature, des enfants ont été arrachés par les autorités en place à leur famille d'origine.

Juan Enrique de Reggiardo et Maria Rosa Ana Tolosa Penela²⁹⁰ avait tous les deux vingt-quatre ans. Ils étaient mariés. Lorsqu'ils ont été séquestrés par les forces de police, Maria Rosa était enceinte de six mois. Le 9 février 1977, Juan Enrique a été arrêté dans l'usine Hemigraf de Lanus et Maria Rosa lorsqu'elle attendait le bus. Ils ont été conduits au Centre de détention clandestin « la Cacha ». Maria Rosa a été conduite ensuite à la maternité de la prison de Olmos où elle a donné naissance le 16 mai 1977 à des jumeaux Gonzalo Javier et Matias Angel accompagnés par la sage femme Maria Hilda Delgadillo, qui, peu après a dénoncé le cas à Antonio Plaza, évêque de La Plata. Depuis l'accouchement, Maria Rosa a « disparu ». Les bébés, eux, n'ont disparu que pour les leurs. En réalité, le commissaire Samuel Miari s'est approprié des enfants en les faisant passer pour les siens. Il a fui avec les enfants au Paraguay à la fin de la dictature militaire et a été ensuite extradé en Argentine. Les examens d'ADN, en 1989, ont prouvé la filiation des enfants avec Juan Enrique et Maria Rosa. Ce n'est qu'en 1993 que les enfants, alors âgés de seize ans, ont été rendus à leur famille d'origine. Les enfants connaissent aujourd'hui la vérité sur leur histoire, les parents restent « disparus ».

Lorsque la démocratie s'est imposée en Argentine, la question des enfants disparus pendant la dictature n'a pas été résolue rapidement. Dans un premier temps par un arrêt du 9 décembre 1985 de la Chambre fédérale les responsables politiques ont été absous du crime de rapt d'enfants au motif que les faits reprochés ont été occasionnels et démontrés que pour trois enfants. C'est sous la pression des ONG, dont les « Abuelas de la Plaza de Mayo » qui ont prouvé l'existence de centaines de cas similaires, que la décision de la Chambre qui reposait sur un argument quantitatif a été remise en question. Au cours des procédures est apparu un document, issu des autorités militaires, daté d'avril 1977, intitulé « Instruction sur la procédure à suivre avec des mineurs, enfants de dirigeants politiques ou syndicaux quand leurs géniteurs se trouvent emprisonnés ou disparus ». Cette preuve allait mettre en évidence que ceux qui se sont approprié d'enfants, profitant de la situation dramatique de leurs parents, soit inscrivaient dans le registre d'état civil les enfants comme les leurs ou bien les adoptaient pleinement, effaçant ainsi le lien avec la famille d'origine, comme le permettait la législation

²⁹⁰ Le cas de Maria Rosa et de Juan Enrique est extrait du site Internet www.desaparecidos.org. Il s'agit d'un projet de plusieurs organismes de droits de l'homme dont l'objectif est de récupérer la mémoire de ces années noires.

argentine sur l'adoption. Cela a obligé ceux qui recherchent les enfants de faire à la fois un procès pénal pour prouver que l'enfant a été approprié illégalement et un procès civil pour annuler l'adoption. Ont été complices de ce système, dénonce Estella Carlotto²⁹¹, les militaires, mais aussi des juges, des médecins, des psychologues et des prêtres qui ont couvert les rapt. Devant les obstacles pour trouver la vérité, un nouveau frein juridique ralentissait les familles d'enfants disparus : la prescription des faits. Le 4 décembre 1995, la Cour suprême²⁹² mettait fin à leur plainte au motif de la prescription de l'action. Grâce à la figure juridique du délit continu, les enfants n'ayant été retrouvés, et au fait que le rapt d'enfant n'avait pas été inclus dans les lois d'amnistie, les plaignants pouvaient de nouveau obtenir justice, presque vingt années après les faits. En 1977²⁹³, douze enfants étaient recherchés, ils étaient deux cent soixante en 1999. Soixante et onze cas avaient pu être résolus. Les Grands-mères de la place de mai, très actives sur la question, fondent leur recherche sur le droit à l'identité consacré par les articles 7 et 8 de la CIDE.

B - Le droit à l'identité

Le texte des articles précisant la portée du droit à l'identité des enfants est cité intégralement dans l'affaire « Videla Jorge Rafael s/ Prisión preventiva²⁹⁴ ». Les faits reprochés sont au nombre de quatre. Nous en retiendrons un : le cas Bianco. Les faits, tragiquement simples, ressemblent au cas précédent. Des enfants naissent en captivité dans l'hôpital militaire de Campo de Mayo, pendant la dictature argentine. Les parents « disparaissent ». Un commandant de l'armée, Noberto Bianco, et son épouse, Susana Wehli, s'approprient deux enfants des détenus disparus. Ils modifient leurs états civils. Les deux enfants apparaissent

²⁹¹ Conférence de Estela Carlotto, présentée lors du Séminaire international « l'impunité et ses effets dans le processus démocratique », Santiago du Chili, 14 décembre 1996. (en ligne) <http://www.derechos.org/koaga/iii/3/carloto.html>. Le développement concernant les obstacles juridiques empêchant la récupération des mineurs s'inspirent largement de la conférence d'E. Carlotto.

²⁹² Il s'agit du cas « c.j.a s/querella por retencion y ocultamiento de menor », Cour suprême de justice de la Nation, 4 décembre 1995.

²⁹³ Les chiffres proviennent de l'ouvrage collectif *Memoria y Dictadura, un espacio para la reflexión desde los Derechos Humanos*, projet de la Comisión d'Education de l'Assemblée permanente pour les droits de l'homme, 2003. (en ligne) <http://apdh-argentina.org.ar/comisiones/educacion/dictadura%20y%20memoriadef.pdf>.

²⁹⁴ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1, Secretaría 2, San Isidro, Juillet 1998.

alors comme légitimes en raison du changement de leurs noms. Le tribunal établit les faits en signalant qu'ils étaient généralisés à cette époque : « après l'accouchement, aucune version solide ne permet de soutenir que l'enfant et sa mère restaient ensemble ; au contraire, tout indique que leurs destins bifurquaient ». Le tribunal poursuit sa réflexion en concluant que dans l'hôpital Campo de Mayo existait un régime dont le but était de séparer de leurs familles les enfants des personnes considérées comme dissidentes au régime. Plus de vingt ans se sont écoulés entre les faits et la mise en cause du Général Videla alors président de la dictature argentine. Les lois dites de « point final » et d'« obéissance due »²⁹⁵ votées peu de temps après le retour de démocratie avait mis fin aux poursuites pénales en cours et à venir, en excluant toutefois les cas de soustraction d'enfants. Après une réflexion historique sur la naissance et le développement du droit international des droits de l'homme, le tribunal fait la liste exhaustive des traités qui lient l'Argentine, dont la CIDE, en affirmant leur rang constitutionnel et rappelle également le caractère imprescriptible des crimes de guerre, et la rétroactivité des documents internationaux²⁹⁶. La décision du Tribunal fédéral a condamné le dictateur Jorge Rafael Videla à la prison préventive et à une amende de cinq millions de pesos argentins. Cette tragique question des enlèvements d'enfants a permis l'inculpation du dictateur, ce que, paradoxalement, les lois d'amnistie avaient permis d'éviter. Par ce biais, inspiré des principes de la CIDE et en particulier du droit à l'identité, les juges ont pu rattraper, tardivement, Videla, au bord de l'impunité.

Le cas des enlèvements d'enfants pendant la dictature est bien un exemple marquant de l'utilité de la CIDE. De fait, il y a peu de cas, dans la jurisprudence argentine de résolution favorable aux familles d'origine émises avant la ratification de la CIDE.

²⁹⁵ Ces lois décrétées en 1986 et 1987 sous la présidence de Raul Alfonsín exonèrent de toute responsabilité les militaires qui ont participé à la dictature militaire. Après dix-huit années de protestations, la Cour Suprême argentine les a déclarées inconstitutionnelles en 2005.

²⁹⁶ La Cour suprême argentine a connu le premier cas d'enfant soustrait pendant la dictature à ses parents légitimes et remis à une famille d'adoption en octobre 1987. Il s'agit de Laura Ernestina Scaccheri dont les parents ont « disparus ». En 1985, les « Abuelas de Plaza de Mayo » ont trouvé Laura. Un juge a ordonné la restitution à la famille d'origine. Le jugement a été cassé par la Chambre fédérale de la Plata. Finalement, la Cour Suprême a révoqué la décision de la Chambre fédérale en faveur de la famille légitime de 29 octobre 1987. Ce cas est relaté dans le rapport annuel (1987-1988) de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. (en ligne) http://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/cap.5.htm#_ftnref1

§ 3. - La protection des enfants par la Cour constitutionnelle guatémaltèque

Les Cours suprêmes ont du prendre en compte la CIDE plus progressiste que les lois internes en matière de protection de l'enfance. En règle générale, l'intégration de la CIDE dans les constitutions a été renforcée par les jurisprudences constitutionnelles. De fait, de nombreuses décisions des tribunaux de mineurs reposant sur des codes non réformés sont invalidées par les Cours Suprêmes. A son tour, l'exemple du Guatemala illustre la fonction de défense des droits de l'enfant de la Cour Suprême.

A - La jurisprudence

Dans ce pays, jusqu'à l'approbation de la nouvelle loi de « protection intégrale de l'enfance et de l'adolescence²⁹⁷ » en 2003 était en vigueur le Code des Mineurs de 1979 fondé sur la doctrine de la « situation irrégulière ». Il contrevenait à la CIDE et à la Constitution politique qui prévoit la suprématie des traités internationaux des droits de l'homme sur les lois internes. La commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH)²⁹⁸, dans un rapport sur la démocratie au Guatemala, résume l'évolution de la législation, évoque les difficultés qui ont concerné l'approbation du nouveau Code de l'Enfance et insiste sur le rôle et la participation de la société civile²⁹⁹ pour l'adoption de la nouvelle loi. Pendant près de douze années entre la ratification de la CIDE en juin 1990 et la promulgation du nouveau code de l'enfance, le Guatemala a vécu un système « schizophrène » dans lequel la norme supérieure était de fait la CIDE, mais la norme appliquée était le Code des mineurs de 1979 « incohérent avec les principes et garanties contenus dans la constitution politique de la République et les traités et

²⁹⁷ Decret 27-2003 entré en vigueur le 19 juillet 2003.

²⁹⁸ Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5, rev. 1, 29 décembre 2003, Chapitre 6 *La adecuación de la legislación interna a los estándares internacionales*, paragraphes n°335 à 346.

²⁹⁹ Ont participé à l'élaboration du Code : Le mouvement social sur les droits de l'enfant et de la jeunesse du Guatemala, la Conférence épiscopale du Guatemala, le Défenseur des enfants, le Défenseur de l'enfance et de la jeunesse de la Commission des Droits de l'homme et le conseil latino-américain des Eglises et l'alliance évangélique du Guatemala. Paragraphe 345 du rapport de la Commission.

conventions internationales en matière de droits de l'homme de l'enfance³⁰⁰ ». La Cour Constitutionnelle, saisie de la question, s'est montrée ferme en déclarant inconstitutionnel le décret³⁰¹ du Congrès guatémaltèque qui suspendait le nouveau Code de l'enfant pour une période indéterminée. Elle a également invoqué pendant cette période à de nombreuses reprises, le principe de l'application directe de la CIDE en particulier dans le cas de garde des enfants en cas de séparation. Les tribunaux déclaraient, en violation de la CIDE, que « (...) la seule volonté des enfants n'était pas suffisante pour changer la garde de l'enfant ». Ces jugements ont été invalidés par la Cour Constitutionnelle³⁰². Elle a invoqué l'article 9 de la CIDE qui « donne à la déclaration de volonté de l'enfant, en accord avec son âge et avec son intérêt, une valeur prépondérante pour décider judiciairement des affaires qui l'affectent et le concerne... » La Cour rappelle, dans ses décisions, que la CIDE est d'application directe dans le droit interne. Dans une autre affaire concernant l'expulsion d'enfants d'un collège en raison du fait qu'ils aient consommé des boissons alcoolisées. La Cour a invalidé l'acte administratif d'expulsion au motif qu'il « a fragilisé le droit à l'éducation garanti par la Constitution » et qu'il a méconnu l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans la CIDE.

Pendant cette période de transition entre deux législations le rôle de la Cour Constitutionnelle du Guatemala a permis dans une certaine mesure d'anticiper les dispositions du code approuvé en 2003 conforme à la CIDE. La CIDH, saluant les positions de la Cour Constitutionnelle, signale que « la mise en place (de la protection spéciale des enfants) n'est pas effective et reste un défi pour le pays »³⁰³. Pour la commission³⁰⁴, la protection des secteurs les plus fragiles de la population (dont les enfants) est un des éléments indispensables pour consolider l'Etat de droit.

³⁰⁰ J. Solorzano, « Lectura político-criminal del código de menores de Guatemala », *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad* n°16 y 17, Guatemala, juin/décembre 2002, p. 15.

³⁰¹ Décret 4-2000 déclaré inconstitutionnel le 12 février 2002.

³⁰² R. Rohmoser Valdeavellano, « Derecho Internacional De Los Derechos Humanos », *Memoria del VII congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno guatemalteco, Universidad Autónoma de México, 2002, p. 559 à 573. Rodolfo Rohmoser, président de la Cour Constitutionnelle, montre qu'au Guatemala les traités et conventions internationales en matière de Droit de l'homme sont et doivent être appliqués directement dans le droit interne. Il met en évidence la jurisprudence constante de la Cour concernant la CIDE.

³⁰³ Le paragraphe 383 du rapport de la Commission interaméricaine déjà cité, signale pour illustrer sa conclusion, concerne l'absence d'effectivité du code de l'enfant et de l'adolescent : l'absence d'indemnisation des enfants victimes du conflit armé, les difficultés qu'ils connaissent devant l'administration de la justice, la situation de l'enfance indigène, les conditions de l'adoption au Guatemala et les abus dont souffre les enfants de la rue.

³⁰⁴ Paragraphe 434 du rapport de la Commission.

Les deux décisions³⁰⁵ concernant l'applicabilité de la CIDE au Guatemala, présentées dans l'allocution de Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano lors du huitième Congrès des présidents et magistrats des tribunaux et chambres constitutionnelles d'Amérique latine organisé par la Fondation Konrad Adenauer, touchent le droit de garde pour la première et le droit à l'éducation pour la seconde. Cette jurisprudence sur la promotion des droits de l'enfant, selon l'ancien président de la Cour Constitutionnelle guatémaltèque, a été constante jusqu'à l'approbation du nouveau code de l'enfant et de l'adolescent.

B - Réaction gouvernementale

L'histoire de cette Cour est heurtée. Elle illustre, comme dans le cas colombien, les tensions entre les pouvoirs judiciaire et politique. Epaniñondas Gonzales Dubon, alors président de la Cour, a été assassiné le 1er avril 1994 quelques jours après sa prise de position ferme contre le coup d'Etat³⁰⁶ du président Jorge Serrano Elias. En janvier 2001, des coups de feu atteignent le domicile de la présidente de la Cour, Conchita Mazariegos, qui avait levé l'immunité des membres du Congrès incluant le Général Rios Montt³⁰⁷. Dans ce bras de fer entre le tribunal constitutionnel et le pouvoir législatif et exécutif, il convient de nuancer les propos du président Rohrmoser qui se félicitait que la Cour « à quinze ans de sa création, est à la hauteur des exigences³⁰⁸ ». Le bilan est plus contrasté. L'application directe des traités internationaux concernant les droits de l'homme est un principe qui n'est pas toujours respecté par la Cour guatémaltèque. En 2001, cette même Cour dans le cas de « dos Erres » violait l'article 4 de la

³⁰⁵ Ces deux cas ont été repris par CM Gutierrez de Colmenares, « Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala », *Ius et Praxis*, vol.9, no.1, Chile, 2003. p.117 à 156.

³⁰⁶ Cette position qui était en rupture avec la traditionnelle soumission des organes judiciaires. La décision a, par la suite, été annulée par la Cour qui, dans une résolution du 14 juillet 2003, a autorisé l'inscription de Rios Montt « contredisant ainsi sa propre jurisprudence des années 1990 – 1995 ». Informe para la Relatora Especial de Naciones Unidas Sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, Janvier/décembre 2003.

³⁰⁷ Organos de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias al 58 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/74.

³⁰⁸ R.Rohrmoser Valdeavellano, « Corte de Constitucionalidad. La jurisdicción Constitucional en Guatemala », in J. Vega Gómez et E. Corzo Sosa, (coords.), *Tribunales y Justicia Constitucional*. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Serie Doctrina Jurídica*, 108, México, 2002, p. 354.

Convention Américaine des Droits de l'Homme concernant la peine de mort. Cette décision a provoqué un rappel à l'ordre des Nations Unies : « On doit sensibiliser tous les juges et en particulier ceux de la Cour de Constitutionnalité et de la Cour suprême au sujet de la préséance des traités et accords sur les droits de l'homme ratifiés par le Guatemala sur la législation interne³⁰⁹ ».

La position de la Cour a été néanmoins innovatrice en ce qui concerne la promotion de la CIDE dans le droit interne. On ne peut, toutefois, en conclure que sa position de principe sur l'applicabilité des traités en droit interne soit constante, en particulier pour les thèmes qui ont trait plus directement à la politique ou au règlement de questions touchant les violations des droits de l'homme pendant (et après) la période militaire. Le principal danger au Guatemala comme en Colombie, et dans d'autres pays instables de la région réside en la politisation excessive de la justice. Ce phénomène a été dénoncé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme³¹⁰ et les ONG internationales. Il se superpose à des faits qui sont la négation de la CIDE. Concernant le Guatemala, un rapport de HRW³¹¹ montrait, dans un rapport particulièrement sévère que les Cours et les centres de détention pour les mineurs du Guatemala violent constamment les droits de l'homme. Les juges tolèrent des détentions préventives illégales. Le traitement envers les mineurs dépend de leur situation économique. Les enfants sont mélangés avec les adultes. Les motifs des incarcérations sont souvent des mesures de protection de l'enfant. Les directeurs des centres de détention ne sont pas informés des motifs de détention. De nombreux enfants sont dans des prisons depuis des années pour des délits mineurs... D'une manière générale, l'observation de la situation des enfants, montre qu'il y a un fossé entre les avancées jurisprudentielles et leurs retombées dans la pratique judiciaire.

La jurisprudence constitutionnelle, même s'il existe d'importantes variations selon les pays considérés, contribue néanmoins à l'effectivité de la CIDE. Ce contrôle de constitutionnalité est un élément nouveau dans le contexte juridique latino-américain.

³⁰⁹ Rapport de l'envoyé spécial sur l'indépendance des magistrats, Sr. Param Coomaraswamy, selon la résolution 2001/39 de la Comisión.: « Informe sobre la misión cumplida en Guatemala », Nations Unies: Conseil Economique et Social, Commission des Droits de l'Homme, 58^e période de sessions, E/CN.4/2002/72/Add.2, 21 décembre 2001.

³¹⁰ Comisión interaméricaine des droits de l'homme, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5, rev. 1, 29 décembre 2003, paragraphe 19.

³¹¹ Human Right Watch, *Los niños olvidados de Guatemala*, HRW, New York, 1997, synthèse du panorama général.

Les trois exemples présentés montrent, qu'indépendamment de la stabilité politique du pays, le juge constitutionnel s'érige en allié de la CIDE. En cela, il consolide l'Etat de droit. Le respect de son indépendance est certainement un critère fondamental de la qualité de la vie démocratique.

CHAPITRE 2. - INTEGRATION DE LA CIDE DANS LES LOIS

La CIDE, nous l'avons observé, s'inscrit en contradiction avec les normes antérieures. L'enfant sujet de droit, avec au centre son intérêt supérieur, contredit largement les législations des mineurs en vigueur à l'époque de sa ratification. C'est sa traduction dans les lois internes qui lui donnera valeur de droit positif dont l'applicabilité est immédiate et indiscutable.

Protégés par la norme internationale, inclus dans les normes constitutionnelles, les droits des enfants ont fait irruption dans les législations. Plus encore que dans les constitutions, les droits de l'enfant issus de la CIDE ont investi les législations remodelant tant le droit de la famille, que le droit pénal des mineurs. Les évolutions législatives diffèrent selon les pays tant par la rapidité des processus, que par la conformité des lois nouvelles avec la lettre et l'esprit de la Convention.

Section 1. - Adaptations à la CIDE

L'intégration de la CIDE dans le droit interne est une obligation des Etats. En la ratifiant, « les Etats partis s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention³¹² ». On distingue classiquement trois types d'attitudes par rapport à l'intégration de la CIDE dans les droits nationaux : Certains Etats comme le Brésil, l'Equateur ou le Venezuela ont opéré un changement radical dans leur législation sur l'enfance faisant œuvre d'un processus d'adaptation réelle à la CIDE. D'autres n'ont pas abrogé leur législation en vigueur et n'ont intégré la CIDE que de manière partielle comme l'Argentine (jusqu'en octobre 2005), le Chili ou l'Uruguay. Il s'agit ici d'une adéquation formelle. D'autres enfin ont réalisé une mutation

³¹² Article 4 de la CIDE.

incomplète comme le Paraguay, le Pérou, le Mexique ou le Honduras. Ce type de classification a été mis en évidence par Mary Beloff³¹³.

Il sera fait référence à un processus d'intégration législative réelle de la CIDE lorsqu'un Etat fonde les nouvelles dispositions concernant le droit de l'enfance sur la lettre et l'esprit de la Convention. L'enfant est alors considéré comme sujet de droit et les nouveaux instruments juridiques précisent le sens, le contenu, et les moyens pour mettre en pratique les droits dont les enfants sont à présent titulaires.

§ 1. - Intégrations réussies

Selon l'avis des experts latino-américains des droits de l'enfant, plusieurs pays ont su faire table rase du passé. Ce revirement juridique s'est accompagné par une forte mobilisation de la société civile.

A - Le cas de l'Equateur

Le Brésil, le Nicaragua, le Venezuela, et l'Equateur ont intégré la CIDE dans leurs droits positifs d'une manière précise et complète. Ils ont adopté des codes ou des lois qui sont le prolongement de la CIDE. Si cette attitude d'adaptation réelle a été commune, le processus d'intégration dans le temps a été différent.

Le Brésil fut le plus rapide. Le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent³¹⁴ est contemporain de la CIDE. Le Nicaragua a attendu presque dix années pour adopter un instrument juridique conforme à la CIDE. Le Code de l'Enfance et de l'Adolescence nicaraguayen, adopté le 24 mars 1998³¹⁵ intègre les principes du modèle de protection intégrale. L'entrée en vigueur de ce

³¹³ M. Beloff, « Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar », *Justicia y derechos del niño, numero 1*, Santiago, novembre 1999. Les auteurs qui se livrent à des classifications de ce type sont en général prudents en raison de la rapide évolution dans ce domaine.

³¹⁴ Le Statut brésilien est décrit page 172.

³¹⁵ Loi 287, mai 1998.

code a mis fin à l'application de la « Loi tutélaire des mineurs » en vigueur depuis 1974. Il en est de même pour le Venezuela. Après la ratification de la CIDE en août 1990, le Venezuela a adopté une nouvelle loi intitulée la « Loi organique pour la protection de l'enfant et de l'adolescent (LOPNA) ». Cette loi, approuvée le 3 septembre 1998, est entrée en vigueur le 1er avril 1999. Elle déroge à la « loi tutélaire des mineurs » de 1980 (qui avait été précédée par le « Code des mineurs » de 1938 et par le « Statut des mineurs » de 1950).

L'Equateur a réalisé ce processus en deux étapes, le 16 juillet 1992, l'Equateur a approuvé un nouveau code. Le code reconnaît à l'enfant les principaux droits reconnus dans la CIDE : droit à la vie, droit à la santé, à la dignité, à la culture, à l'éducation, à la santé. L'enfant, perçu comme un être en développement, détient des droits et des devoirs comme toute personne. La responsabilité du respect de ces droits, conformément à la CIDE, est répartie entre le gouvernement, la famille, les communautés et la société civile.

Cependant, ce code ne disposait pas de mécanismes stricts afin de rendre effectifs les droits prononcés. De plus, l'organisation de l'administration de la justice restait très centralisée. Le Conseil National des Mineurs qui est défini dans le code comme l'organe coordinateur des politiques pour l'enfance n'a commencé à fonctionner qu'en 1995. En outre, pour la définition de l'enfant, une discrimination était faite fondée sur le sexe : le code utilisait le critère biologique de la puberté pour fixer différents âges de maturité. Enfin, ce code ne prévoyait aucune disposition sur les enfants qui demandent l'asile et les enfants réfugiés. Or, l'Equateur est un des premiers pays de refuge des enfants colombiens victimes des conflits intérieurs à leur pays. Afin de remédier à ces carences, l'Equateur a franchi une autre étape en adoptant un nouveau code : le « Code de l'enfance et de l'adolescence », entré en vigueur le 3 juillet 2003.

Dans le rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (OEA, 1991), le code est présenté comme un « instrument fonctionnel » plus qu'une « simple norme » qui « permettra une vision plus humaine des problèmes comme la maltraitance, l'abandon, les conflits entre les parents, le travail dans la rue, et les autres circonstances difficiles dans lesquelles se trouve l'enfant ».

B - Rôle de la société civile

Les quatre pays cités ont en commun l'intégration totale de la lettre et de l'esprit de la Convention. La constitution pose les bases solides d'une nouvelle approche de l'enfance et de ses droits. Le processus de construction du droit nouveau a compté avec la participation active de secteurs qui, jusqu'alors, restaient en marge de la production de droit. Les enfants, représentés par des ONG spécialisées, ont été associés aux différentes étapes de la rédaction.

En Equateur, près de dix-huit mille personnes ont participé à l'élaboration de la proposition de loi qui allait permettre la rédaction du code de 2003³¹⁶. Coordonnés en particulier par le Ministère du Bien-être social, la Commission de la femme, de l'enfant et de la famille du Congrès et avec l'aide de l'UNICEF, près de deux cents institutions privées et publiques, locales et nationales ont participé au processus de construction législative. Plus de trois cents ateliers ont été effectués. Ils traitaient de thèmes aussi variés que la protection intégrale de l'enfance, l'adoption, le travail des enfants, la maltraitance, la santé, l'éducation, la responsabilité pénale de l'adolescent.... A la suite de cette participation active de nombreuses associations, le Mouvement social pour les droits des enfants et adolescents a remis au Congrès le projet de loi qui a été approuvé le 23 décembre 2002 et publié au Registre Officiel le 3 janvier 2003.

De fait, les nouvelles lois pour l'enfance ont convoqué de nouveaux acteurs de la société civile. Par exemple, les formes nouvelles de participation qu'implique le nouveau statut de l'enfant et de l'adolescent au Brésil mettent en évidence, pour les défenseurs de la protection intégrale, le passage d'une conception technocratique du droit de l'enfance à une conception démocratique des droits de l'enfant. Pour eux, la loi est bonne dans la mesure où elle est le fruit d'un travail en commun. Le caractère inédit de la participation a permis de comprendre, selon García Méndez, qu'il n'est pas possible d'altérer radicalement les contenus de la loi sans altérer substantiellement son mode de production. La CIDE incite, par des références constantes aux devoirs des parents et de l'Etat, le gouvernement et la société à travailler ensemble. L'opinion publique devient alors l'articulation (conflictuelle parfois) entre ces gouvernements et ces sociétés. La loi et le droit, se félicite García Méndez, ne sont plus patrimoines exclusifs des juges et du gouvernement.

³¹⁶ Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador 2003, Consejo del Observatorio Ciudadano de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, UNICEF, novembre 2003, p. 16 à 41.

§ 2. - Intégration incomplète

Cependant, dans la plupart des pays d'Amérique latine, l'adaptation de la CIDE est considérée comme incomplète. Coexistent alors des normes nouvelles qui proviennent directement de la Convention avec des pans de la législation ancienne. La mutation est en cours et de nombreux projets de réformes sont d'actualité dans ces pays en particulier en Argentine.

A - Des processus complexes

Certains pays, malgré la ratification de la CIDE et leur engagement d'intégrer dans leur législation interne les dispositions de cette dernière, laissent persister des législations issues du modèle de la situation irrégulière. L'intégration de la CIDE reste donc imparfaite. C'est le cas de l'Uruguay, du Guatemala, de la Colombie, de l'Argentine et du Chili.

L'Uruguay a ratifié la CIDE en novembre 1990. Si la Constitution uruguayenne ne précise pas la hiérarchie normative des traités en droit interne, l'histoire juridique du pays l'atteste. Concernant l'enfance, certaines dispositions sont comprises dans la constitution de 1967. L'article 40 précise, par exemple, que l'Etat veillera à la stabilité morale et matérielle de la famille pour la meilleure formation des enfants à l'intérieur de la société. L'article 41 stipule que la garde et l'éducation des enfants (...) sont un devoir des parents. La loi posera les mesures nécessaires pour que l'enfance et la jeunesse soient protégées contre l'abandon corporel, intellectuel, ou moral de leurs parents ou tuteurs ainsi que contre l'exploitation et l'abus. Enfin, la loi fera en sorte que la délinquance infantile soit soumise à un régime spécial dans lequel la femme doit participer³¹⁷. Cet article, piètrement rédigé, a pour objectif de reconnaître l'importance de la femme sur les questions de délinquance des enfants.

Depuis 1995 le projet du « Code de l'Enfance et de l'Adolescence » était en discussion devant le pouvoir législatif sans avoir encore pu être adopté. La législation applicable était le « Code

³¹⁷ Article 43.

de l'Enfant » en vigueur depuis 1934³¹⁸. Ce code a servi de modèle dans les pays de la région. A cette époque, il a été considéré comme à l'avant-garde des législations sur l'enfance³¹⁹.

En 2000, la chambre des députés a approuvé le nouveau code. Par la suite, la société, les entités publiques ou privées, les ONG, les organismes concernés par le thème ont été appelés à donner leur opinion. A cette occasion, l'UNICEF a exprimé son désaccord avec le projet de loi lors d'un communiqué de presse émis le 22 décembre 2003 : « Demain, le 23 décembre, la chambre du Sénat de la République orientale d'Uruguay va discuter du code de l'enfance et de l'adolescence qui n'est pas conforme à la CIDE ». Ce communiqué énumère les dispositions non conformes à la Convention. Le nouveau code, remanié, a été approuvé en 2004.

Le Guatemala a ratifié la Convention le 6 juin 1990. Depuis lors, il doit adopter sa législation interne aux dispositions de la CIDE afin de mettre fin à l'application du Code des Mineurs en vigueur depuis 1974. Selon la constitution de 1985, les mineurs sont inimputables et ne peuvent être détenus dans ces centres de détention destinés aux adultes³²⁰. De plus, l'Etat doit protéger la santé physique, mentale et morale des mineurs. Il leur garantira le droit à l'alimentation, à la santé, à l'éducation, la sécurité et la sécurité sociale³²¹. Enfin, la protection des enfants orphelins et des enfants abandonnés est déclarée dans l'article 54 d'intérêt national.

En 1996, le « code de l'enfance et de l'adolescence », marqué par sa volonté d'adaptation a été approuvé, mais n'est jamais entré en vigueur : il a été immédiatement suspendu par les législateurs pour un an. En 1997, lorsque le code allait entrer en vigueur il a, de nouveau, été suspendu sur demande du président de la Cour Suprême. En 1999, cette fois, à la demande du Congrès, le code a été suspendu jusqu'à la fin des élections de 1999. Puis, le Congrès a décidé la suspension indéfinie du nouveau code.

En 2000, l'organisation Casa Alianza, créée par un prêtre des Etats-Unis, et la Fundación Rigoberta Menchu Tun ont présenté une requête devant la Cour suprême fondée sur le motif

³¹⁸ Il a servi de modèle aux Codes des mineurs de l'ensemble des pays de la région.

³¹⁹ Birn (2004), Scarzanella (2003).

³²⁰ Article 20.

³²¹ Article 51.

que le Congrès peut adopter de nouvelles lois et changer les plus anciennes, mais ne pouvait pas les suspendre indéfiniment.

Le 14 février 2002, la Cour, dans son jugement, sollicite au Congrès de fixer une date pour que ce code entre en vigueur. Or, ce code n'est jamais entré en vigueur et a été dérogé par l'adoption d'une nouvelle loi le 4 juin 2003 : « La loi de protection intégrale de l'enfance et de la jeunesse ». Fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant et de la conception de l'enfant en tant que véritable sujet de droit la loi intègre les dispositions de la CIDE et crée en même temps la Commission Nationale de l'Enfance et de la Jeunesse chargée de les promouvoir. Cette loi, selon la commission interaméricaine « protège les droits de l'enfance d'une manière plus adéquate » que la législation précédente³²².

La Colombie a ratifié la CIDE en 1991 et dans sa constitution (réformée en 1991) a intégré les droits que cette dernière protège³²³. Cependant, malgré ces dispositions et la ratification de la Convention, la Colombie dispose d'un instrument légal encore largement inspiré de la législation antérieure.

L'instrument actuel en vigueur est le Code du Mineur ou décret 2737 adopté le 27 novembre 1989. « Cette loi, selon García Méndez, reprend dans son contenu et sa forme de production tous les vices inhérents aux vieilles lois des mineurs (...) elle présente une version plus élaborée et redéfinie de l'obsolète doctrine de la situation irrégulière³²⁴ ». En effet, l'enfant n'est pas considéré comme un sujet de droit et la pauvreté est traitée d'un point de vue pénal.

³²² Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. 1, 29 décembre 2003, Paragraphe 345.

³²³ L'article 44 dispose en effet que « la vie, l'intégrité physique, la santé et la sécurité sociale, l'alimentation équilibrée, son nom, sa nationalité, avoir une famille et ne pas être séparée d'elle, l'attention et l'amour, l'éducation et la culture, le divertissement et la libre expression, sont des droits fondamentaux des enfants. Ils seront protégés contre toute forme d'abandon, de violence physique ou morale, de séquestre, de la vente, de violence sexuelle, de l'exploitation par le travail ou économique et des travaux dangereux. Ils jouiront aussi des autres droits consacrés dans la constitution, dans les lois et dans les traités internationaux ratifiés par la Colombie. La famille, la société et l'Etat ont l'obligation d'assister et de protéger l'enfant pour garantir son développement harmonieux et intégral et l'exercice plein de ses droits. Toute personne peut exiger de l'autorité compétente son accomplissement et la sanction de ceux qui ont commis l'infraction. Les droits des enfants prévalent sur les droits des autres ». L'article 45 garantit à l'adolescent le droit à la protection, et à la formation intégrale. L'Etat et la société doivent garantir la participation active des jeunes dans les organismes publics et privés qui ont à charge la protection, l'éducation et le progrès de la jeunesse. Enfin, l'article 50 affirme que tout enfant de moins d'un an qui n'est soumis à aucun type de protection ou de sécurité sociale aura le droit à recevoir une attention gratuite dans tous les établissements de santé qui reçoivent une aide de l'Etat.

³²⁴ E. García Méndez, « Legislaciones infanto juveniles en America latina: modelos y tendencia » in García Méndez (1997), p. 29.

En outre, seul l'Etat est responsable face aux mineurs. La société civile et la famille sont mises à l'écart.

Certaines lois ont été adoptées afin de remédier aux insuffisances de ce code, comme la loi 679 en 2001 qui établit un statut pour prévenir et arrêter l'exploitation, la pornographie et le tourisme sexuel des mineurs ou la loi 375 du 4 juillet 1997 dite Loi de la Jeunesse. Cependant, cette dernière reste limitée quant aux personnes (les personnes de 14 à 26 ans) et aux domaines concernés.

Depuis 2001, le projet de loi, n° 127, vise à créer un système de responsabilité pénale juvénile. Cependant, il n'a encore reçu aucune approbation. Cette réforme est primordiale surtout dans le contexte actuel de la Colombie dans lequel des enfants enrôlés dans le conflit armé craignent des représailles lorsqu'ils sont arrêtés. C'est, comme nous l'avons signalé, la Cour Constitutionnelle qui s'est érigée en protectrice des enfants.

Si les processus d'adaptation varient selon les pays concernés, tous ont comme horizon une recherche de cohérence avec la CIDE.

B - Puissance unificatrice des Codes.

L'adoption de codes unificateurs et réformateurs s'est étendue, entre autres, au Honduras, au Pérou, et au Paraguay. Jusqu'en 1996, la loi en vigueur au Honduras a été la loi de 1969³²⁵ fondée sur le modèle « de la situation irrégulière ». En 1994 une commission nationale a été créée pour planifier, organiser, diriger et superviser le processus d'élaboration et de promotion du projet du Code de l'Enfance et de l'Adolescence adopté en 1996. La méthode de rédaction du Code hondurien a été, comme celle de l'Equateur, particulièrement novatrice parce qu'elle a convoqué dès le début de la réflexion de nombreuses organisations privées et gouvernementales spécialisées sur le thème de l'enfance.

L'article 18 de la constitution du Honduras de 1982 stipule qu'« en cas de conflit entre (...) la Convention et la loi, la première primera. » Le chapitre 6 intitulé « des droits de l'enfant » pose des principes invariables depuis 1982. L'Etat a l'obligation de protéger l'enfance. Les enfants jouiront de la protection prévue par les accords internationaux qui oeuvrent pour ses

³²⁵ Décret n°92 du 24 novembre 1969 qui promulgue la Loi de Juridiction des mineurs.

droits³²⁶. L'Etat apportera une protection spéciale aux mineurs dont les parents ou les tuteurs ont l'impossibilité économique de pourvoir à sa formation ou son éducation³²⁷. L'entrée d'un mineur de moins de dix-huit ans dans une prison ne sera pas permise³²⁸. Tout enfant devra jouir des bénéfices de la sécurité sociale et de l'éducation, il aura le droit de grandir et de se développer en bonne santé³²⁹. Tout enfant doit être protégé contre toute forme d'abandon, de cruauté et d'exploitation³³⁰.

Tout enfant doit en toute circonstance figurer parmi les premiers qui reçoivent aide, protection et secours³³¹. Malgré ces références nouvelles aux droits des enfants, pour le Comité des droits de l'enfant³³², subsistent, dans le nouveau Code, « certaines disparités entre la législation interne et les dispositions de la Convention, en particulier par les dispositions selon lesquelles l'enfant est toujours considéré comme un objet et non pas un sujet de droit ».

Le Pérou a adopté une nouvelle constitution en 1993 qui a ouvert la porte aux droits de l'enfant³³³. » L'ancienne prévoyait déjà une protection de l'Etat³³⁴.

Le pays andin a promulgué en 1992 un premier code « le code des Enfants et des Adolescents ». Il est entré en vigueur en 1993 et présente un réel effort d'intégration de la CIDE dans la législation interne, bien qu'il ait été approuvé par décret de l'exécutif. Là encore, l'adaptation reste incomplète signale García Méndez : « cette loi, malgré son caractère

³²⁶ Article 119.

³²⁷ Article 121.

³²⁸ Article 122.

³²⁹ Article 123.

³³⁰ Article 124.

³³¹ Article 126.

³³² Rapport CRC/C/15/Add.105 du 24 août 1999.

³³³ Selon l'article 55, « les traités célébrés par l'Etat et en vigueur font parti du droit national ». L'article 4 précise que : « La communauté et l'Etat protègent spécialement l'enfant et l'adolescent, la mère et les personnes âgées en situation d'abandon. Ils protègent aussi la famille (...). Ils reconnaissent ces derniers comme institution naturelle et fondamentale de la société ». L'article 6 ajoute que : « (...) les parents ont le droit et le devoir d'alimenter, éduquer et donner sécurité à leur enfant (...). Tous les fils sont égaux en droits et en devoirs ».

³³⁴ Ces articles ne montrent que peu d'évolution par rapport à la constitution précédente de 1979 qui énonçait dans son article 8 : « l'enfant, l'adolescent et les personnes âgées sont protégés par l'Etat face à l'abandon économique, corporel ou moral. ».

intrinsèquement positif, présente des déficiences de technique juridique. »³³⁵ Ce code a été remplacé par un nouveau, promulgué le 2 août 2000, par la loi 27 337 : Le « nouveau Code des Enfants et des Adolescents ». Ce texte novateur affirme dans l'article 2 de son titre préliminaire que l'enfant et l'adolescent sont « des sujets de droit³³⁶ », reprenant la formulation consacrée par la doctrine.

Le 25 septembre 1990, jour de la ratification de la CIDE par le Paraguay, la législation alors en vigueur était le « Code des mineurs ». Il avait été adopté le 18 décembre 1981. En 2001, ce code sera dérogé par l'adoption du « Code de l'Enfance et de l'Adolescence ».

Cette intense activité législative met en évidence l'influence déterminante de la CIDE qui est devenue en quelques années le point de référence et d'ancrage de l'ensemble des législations. Les droits de l'enfant s'inscrivent progressivement dans les lois. Ces classifications actuelles selon le degré d'intégration des principes de la CIDE ne résisteront sans doute pas à l'épreuve du temps, car les chantiers législatifs sur ce thème sont en cours dans l'ensemble du continent. Il convient de noter que les pays des Caraïbes ont été plus lents à intégrer les nouveaux droits des enfants. Jusqu'à aujourd'hui, seul Belize avec le « Families and Children Act » adopté en 1998 a intégré la CIDE à son droit interne. Trinidad et Tobago, la Jamaïque ainsi que Grenade ont adopté des législations qui s'inspirent de la CIDE. Selon Daniel O'Donnell, « il est prématuré de parler de pénétration de la doctrine de la protection intégrale dans les pays des Caraïbes de culture juridique de la Common Law³³⁷ ».

Section 2. - La lente évolution de l'Argentine

Terre vide, terre d'immigration, l'Argentine du début du vingtième siècle compte plus de ressortissants étrangers que de natifs. Italiens, juifs de Russie, Galiciens, Syriens forment les contingents les plus nombreux. Cette arrivée massive transforme et dynamise le pays. Buenos

³³⁵ E. García Méndez, « Legislaciones infanto juveniles en America Latina : modelos y tendencias », in García Méndez (1997) p.30.

³³⁶ Par exemple, l'article 9 (chapitre 1, livre1) stipule que l'enfant et l'adolescent « aptes à juger eux même ont droit à exprimer leur opinion dans les sujets qui les concernent et avec les moyens qu'ils choisissent y compris l'objection de conscience. Cette opinion sera prise en compte en fonction de son âge et de sa maturité ».

³³⁷ D. O'Donnell, « La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia », *Annales du XIXème Congrès Panaméricain de l'Enfant*, Mexico, IIN, 27-29 octobre 2004, p. 4.

Aires³³⁸ devient la capitale la plus peuplée du continent avant Rio de Janeiro. Les habitants s'entassent dans les conventillos, sortes de grands taudis communautaires. La société traditionnelle érige un corps de lois destiné à détecter, classifier et individualiser des collectifs facilement identifiables. Ce sera le cas pour les mineurs, enfants d'immigrants que le législateur argentin veut « protéger ». Le terme est ambigu, car il s'agit d'une part de le protéger de la société et dans le même temps de protéger la société du potentiel délinquant³³⁹. La CIDE a été ratifiée par l'Argentine en 1990 par la loi 23 849. En 1994, la nouvelle constitution du 22 août l'a intégrée dans le droit interne³⁴⁰.

§ 1. - Persistance de la situation irrégulière

Un grand nombre de défenseurs de la CIDE signalent qu'une des causes de la mauvaise application de la Convention consiste en une mauvaise adéquation entre le texte international et la législation en vigueur³⁴¹. Plus précisément, ils dénoncent le fait que la législation ne respecte pas la Convention malgré la supériorité hiérarchique de cette dernière. C'est le cas de l'Argentine avec la loi de Patronat dite loi Agote qui illustre cette contradiction entre le droit nouveau de la Convention et « l'ancien droit ».

La Loi de 10.903 promulguée en octobre 1919 concernant la situation des mineurs n'a été abolie qu'en 2005. La loi Agote, du nom du député qui l'a rédigé³⁴² est qualifiée de honteuse par García Méndez. Elle est considérée comme le paradigme des lois tutélaires qui se sont imposées en Amérique latine à partir des années vingt. La position du juriste argentin doit être

³³⁸ C. Bernard, *Histoire de Buenos Aires*, Fayard, Paris, 1997.

³³⁹ A. Daroqui et S. Guemureman, « La construcción del 'sujeto menor' una mirada a las prácticas de exclusión social », *Jornadas de investigadores de la cultura del Instituto Gino Germani*, Buenos Aires, Argentine, novembre 1998, p. 9 à 10.

³⁴⁰ Article 75-22.

³⁴¹ En particulier, Miguel Cillero, « Los derechos del niño : de la proclamación a la protección efectiva », in *Justicia y Derechos del Niño*, n° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, p. 54.

³⁴² Luis Agote (1868-1954) a été député et sénateur (1910-1916). On lui doit un important travail scientifique sur la coagulation du sang et également des écrits sur l'hygiène publique dans la République Argentine. Le fait qu'il soit médecin illustre à nouveau le rôle de ces praticiens concernant l'évolution du statut du mineur.

nuancée. En effet, pour l'époque, la loi Agote était novatrice dans le sens où elle différenciait la justice des adultes, de la justice des enfants en instaurant une régulation tutélaire des mineurs qui courraient des risques moraux ou matériels³⁴³. Cette législation est aujourd'hui considérée comme l'illustration la plus parfaite de la « situation irrégulière ».

Le nouveau juge des mineurs, agissant comme « un bon père de famille », dispose en réalité d'un pouvoir discrétionnaire sur l'enfant qui lui est présenté victime ou protagoniste d'un délit. Le principe général de légalité qui veut qu'il n'y ait « nulle peine sans loi » est largement violé par cette législation du début de siècle. Dans ce cas l'incarcération du mineur est vue souvent comme une mesure de protection, il ne s'agirait donc pas d'une peine. Le juge a pour fonction, dans l'esprit de la loi, la récupération sociale du mineur « objet de sa protection ». L'article 14 de la loi Agote stipule que les juges peuvent disposer d'une manière préventive de mineurs de dix-huit ans, accusés ou victimes d'un délit s'ils sont abandonnés matériellement ou moralement. Les dispositions légales de droit commun en vigueur sur la prison préventive ne s'appliquent pas dans ce cas. L'article 15 ajoute que les juges peuvent « disposer » du mineur pour un temps indéterminé s'il se trouve en Etat d'abandon matériel ou moral. Il n'y a pas de recours possible. Cela donne au juge un pouvoir discrétionnaire en contradiction avec les principes généraux de la constitution argentine et de la CIDE.

Ces deux articles, à titre d'exemple, sont en contradiction avec le principe d'égalité devant la loi et avec le principe de légalité reconnus tant par la constitution argentine que par la CIDE. D'une part, le traitement différencié défavorise les enfants par rapport aux adultes et d'autre part la loi sanctionne un état : l'abandon matériel ou moral et non pas une conduite délictuelle spécifique³⁴⁴.

La loi Agote est à la fois anticonstitutionnelle et viole une Convention internationale. En effet, l'article 40 de la CIDE permet à l'enfant « s'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, de faire appel de cette décision ». De plus, l'article 18 de la Constitution nationale argentine dispose qu'« aucun habitant de la nation ne peut être sanctionné sans jugement fondé sur la loi

³⁴³ Daroqui et Guemureman (1998), p.11.

³⁴⁴ L'article 21 à lui seul révèle l'esprit de la loi par la confusion qu'il entretient entre la mendicité et les faits délictueux « Aux effets des articles antérieurs, il sera entendu par abandon matériel ou moral ou danger moral, l'incitation par les parents les tuteurs ou les gardiens à la réalisation par le mineur d'actes préjudiciables à sa santé physique ou morale ; la mendicité ou la paresse du mineur, sa fréquentation d'endroits immoraux ou de jeux ou avec des voleurs ou de personnes vicieuses ou de mauvaise vie ou qui, sans avoir atteint l'âge de dix-huit ans vendent des journaux, des revues ou n'importe quel objet dans les rues ou les lieux publics ou lorsque dans ces lieux ils exercent des activités hors de la surveillance de leurs parents, tuteurs, ou gardiens ou lorsqu'ils seraient occupés dans des tâches ou des emplois préjudiciables à la morale ou la santé ».

antérieure au fait incriminé ». La loi donne donc au juge des mineurs une faculté tutélaire qui l'autorise à disposer du mineur sans que ce dernier n'ait ni recours, ni garantie.

De même, la définition de l'enfant n'est pas clairement établie. L'inégalité entre les garçons et les filles subsiste par exemple en ce qui concerne l'âge minimum du mariage. Les principes généraux comme le principe de la non-discrimination, l'intérêt supérieur, le droit à la vie, le respect de l'opinion de l'enfant ne sont pas mentionnés. Par conséquent, ils apparaissent avec difficulté dans les lois des provinces, dans les décisions administratives et judiciaires ou dans les politiques et les programmes aux niveaux fédéral, provincial et local. En outre, aucun organisme fédéral n'est chargé de suivre et d'évaluer régulièrement les progrès accomplis dans la mise en oeuvre de la Convention ni habilité à recevoir et à traiter les plaintes émanant d'enfants.

Plus tard a été votée la Loi 22 278 de 1980, modifiée en 1983, par la loi 22. 803 dite « de régime pénal de la minorité ». Elle octroie au juge un pouvoir arbitraire et ne respecte aucun principe fondamental en matière pénale établi par la CIDE contredisant l'article 18 de la constitution nationale selon lequel « aucun habitant ne peut être condamné sans procès préalable, ni en l'absence de qualification juridique du fait ».

Or, la loi n° 22 803 ouvre la possibilité d'une grande intervention judiciaire à partir de conduites ou d'actions qui ne sont pas décrites comme des délits³⁴⁵. Le juge peut donc ordonner une privation de liberté pour une durée indéterminée sans fait illicite prouvé, sans limite d'âge, sans procès et sans défense.

Au niveau provincial, la loi 10 067/83, approuvée par décret en 1983, s'inscrivait dans le cadre de la doctrine de la situation irrégulière. Le juge dispose de pouvoirs totalement arbitraires³⁴⁶ ». Le résultat de cette législation ancienne est, dans le cas des mesures de privation de liberté, que le nombre de mineurs enfermés dans des institutions est actuellement,

³⁴⁵ L'article 4 de la loi l'illustre : si « les antécédents du mineur, les résultats du traitement et l'impression directe recueillie par le juge rendaient nécessaire l'application d'une sanction, il en résulterait ainsi ». De même, l'article 1 autorise le juge à « disposer provisoirement du mineur, procéder à la vérification du délit et prendre connaissance du mineur, de ses parents, du tuteur ou de ses gardiens, ordonner des rapports et expertises conduisant à l'étude de sa personnalité, des conditions familiales et environnementales. Au cas où le juge l'estime nécessaire, « il mettra le mineur dans un endroit adéquat pour une meilleure étude pendant le temps « indispensable ».

³⁴⁶ L'article 2 a) de cette loi stipule que « Le juge a compétence exclusive pour décider de la situation du mineur en situation d'abandon, ou de danger moral ou matériel, devant adopter toutes les mesures tutélares nécessaires pour lui apporter protection ».

en Argentine, de plus de 20 000³⁴⁷ dont 3375 pour des raisons pénales et 17248 pour des raisons « d'assistance ». Ce chiffre a augmenté de 37 % les trois dernières années.

Dans certains cas la jurisprudence³⁴⁸ confirme ce pouvoir du juge par ces mots : « la brièveté de la détention (...) du mineur (...) doit nécessairement être compatible avec le temps que la loi permet pour maintenir la disposition tutélaire provisoire dans le but que cette mesure de caractère éducatif donne ses fruits ».

Cette législation pour le moins contradictoire avec la CIDE n'a pas échappé au comité des droits de l'enfant. Dans son rapport de 2002 il signale que : « Le Comité est préoccupé que la loi en vigueur, c'est-à-dire la loi 10.903 (loi de patronato) remonte à 1919 et se fonde sur la doctrine de la « situation irrégulière » en vertu de laquelle les enfants sont objet de protection judiciaire³⁴⁹ ».

§ 2. - Montée en force des principes de la CIDE

L'Argentine a toutefois réalisé de nombreux efforts législatifs pour se rapprocher de la CIDE. La loi n° 24 417 « de protection contre la violence familiale », a été promulguée en décembre 1994 par le Congrès de la Nation. Elle offre la possibilité au « mineur » de dénoncer³⁵⁰ les actes de maltraitance et implique réellement des personnes afin d'atteindre les objectifs de la loi. Elle pose le mineur en victime et non plus en coupable. Les sanctions prononcées visent le coupable³⁵¹. Elle coordonne, dans son article 7 le secteur public et le secteur privé, permettant

³⁴⁷ Les données concernant les mineurs enfermés dans des institutions sont du Telam, 2004.

³⁴⁸ Première salle de la Chambre Nationale en matière de cassation pénale, Cause n° 3544, Première Salle, Ortiz, María de los Angeles s/ rec. de casación, 17 juillet 2001.

³⁴⁹ UNICEF, OHCR (2004), p.65.

³⁵⁰ L'article 2 stipule que « lorsque les personnes touchées seraient des mineurs (...) les faits doivent être dénoncés par leurs représentants légaux et ou le ministère public. De même les services d'assistance, ou éducatifs, publics ou privés, les professionnels de la santé et tout fonctionnaire public en raison de sa fonction seront obligés de dénoncer. Le mineur peut directement porter connaissance au ministère public les faits.

³⁵¹ L'article 4 permet au juge d'« adopter (...) les mesures suivantes : ordonner l'exclusion de l'auteur de l'endroit où habite le groupe familial, d'interdire l'accès de l'auteur au domicile de la victime ou les lieux de travail ou d'étude, d'ordonner la réintégration au domicile sur demande de celui qui a dû sortir de celui-ci pour des raisons de sécurité en excluant l'auteur, de décréter provisoirement des pensions alimentaires, et le droit de communication avec les enfants ».

la participation des ONG³⁵² spécialisées. De même, la Loi 25 763 sanctionnée le 23 juillet 2003 a approuvé le protocole facultatif relatif à la vente d'enfants, la prostitution infantile, et l'utilisation des enfants à des fins pornographiques. La loi 24 779 de 1997 concernant l'adoption a répondu à la nécessité d'avoir des normes conformes au droit de l'enfant dans ce domaine.

Certaines décisions relèvent encore du droit de « la situation irrégulière ». En effet, la jurisprudence argentine donne encore des preuves de rejet des principes les plus fondamentaux de la CIDE³⁵³. Cela a été le cas pour un arrêt concernant le traitement des mineurs délinquants et en particulier la condamnation à la prison à perpétuité. En l'espèce, il s'agissait d'un jeune, mineur au moment des faits, qui est jugé pour avoir commis cinq homicides et huit braquages avec violences. La Cour de cassation pénale a confirmé le jugement du tribunal des mineurs condamnant l'auteur à une peine de prison à perpétuité. Elle a rejeté le principal argument de la défense qui reposait sur l'article 37b de la CIDE³⁵⁴ dont la finalité est d'encadrer strictement les conditions de détention des mineurs pour éviter le caractère illégal ou arbitraire d'une détention et également pour instituer sur le caractère exceptionnel de la prison. Pour contourner l'obstacle de cet article, la Cour estime que la loi argentine prévoit qu'une personne condamnée à perpétuité peut bénéficier d'une libération conditionnelle après vingt années de prison. Pour Pinto et Oliva, cet arrêt de la Cour est clairement anticonstitutionnel et viole la CIDE³⁵⁵. Force est néanmoins de constater que les tribunaux font une place croissante aux dispositions de la CIDE, s'opposant ainsi à la Loi Agote. « L'argument selon lequel les dispositions se référant à la prison préventive ne

³⁵² « Il sera donné au conseil national du mineur et de la famille une participation aux dénonciations qui sont faites afin de tenir compte de la coordination des services publics et privés (...). Dans le même but, le juge pourra convoquer les organismes publics et les entités non gouvernementales dédiées à la prévention de la violence et assistance aux victimes ».

³⁵³ « *D.N y otros s/recurso de inconstitucionalidad* ». Deuxième chambre de la Chambre de Cassation pénale, 4 avril 2000.

³⁵⁴ Article 37.b) « Les Etats parties veillent à ce que : (...) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire: l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible ».

³⁵⁵ G. Pinto et M. Lopez Oliva, « La sanción de reclusión perpetua y al convención sobre los derechos del niño: una relación incompatible », in *Justicia y Derechos del niño* n°2, Santiago, 2000, p. 183 à 204.

s'appliqueraient pas aux mineurs (...) n'est pas soutenable³⁵⁶ » conclut un arrêt de la Chambre criminelle de la Capitale Fédérale.

Le débat juridique et politique sur l'abrogation de la loi Agote a un enjeu important : limiter les abus « légaux » commis envers les enfants.

Le 29 septembre 2005,³⁵⁷ les députés argentins ont approuvé un nouveau « régime de protection intégrale des droits des enfants³⁵⁸ et adolescents » abrogeant ainsi la loi Agote, plus de quatre-vingts ans après son entrée en vigueur. La loi met en conformité la législation argentine sur l'enfance avec les principes de la CIDE. Elle a été accueillie par Jorge Pizarro, représentant de l'UNICEF en Argentine par ces mots³⁵⁹: « L'approbation de la nouvelle loi solde une dette de quinze ans qu'avait le Parlement et couronne avec succès l'effort de nombreuses organisations de la société civile (...). A partir de maintenant, les enfants seront des sujets de droit ».

Section 3. - L'exception des Etats-Unis

Les Etats-Unis font dans le domaine du droit l'enfance figure d'épouvantail. Le refus d'adopter définitivement la CIDE contribue à marginaliser le pays sur la scène juridique internationale. Pour cette raison, il convient de s'arrêter sur la position des Etats-Unis. Leur influence juridique sur les voisins du sud a été importante notamment dans le domaine constitutionnel avec l'adoption de régimes présidentiels, mais aussi, de manière plus spécifique dans le domaine de justice juvénile. Rappelons que le premier tribunal des mineurs de l'Illinois a servi de modèle pour l'ensemble des pays latino-américains.

Se retrouver avec la Somalie sur le banc des deux seuls pays n'ayant pas ratifié la CIDE paraît étrange. La CIDE a été signée le 16 février 1995, mais non ratifiée par le Congrès des Etats-Unis. Concernant le pays africain qui a signé la Convention en 2002, la non-ratification est

³⁵⁶ Cause n°22.909, « Famoso, Elizabeth y otro s/ procesamiento e internación », Chambre Nationale criminelle et correctionnelle de la Capitale Fédérale, Première salle, 17 mars 2004.

³⁵⁷ 138 votes en faveur de la nouvelle loi, 8 contre, 3 abstentions, et 112 députés absents.

³⁵⁸ La terminologie de la loi est « garçons, filles et adolescents ». Elle reprend ainsi l'expression consacrée par la doctrine.

³⁵⁹ C. Rodriguez, « Los chicos ya tienen su ley », *Página 12*, 29 septembre 2005.

due à une simple question juridique. La ratification ne peut pas être acceptée par le Secrétaire général des Nations Unies car les autorités de Mogadiscio n'ont pas de statut international.

§ 1. - Les Etats-Unis et le droit international

S'interroger sur le comportement des Etats-Unis apporte, par contraste, des éclaircissements sur le retard de ce pays en matière de législation internationale sur l'enfance et également sur le sens de la spectaculaire révolution des droits de l'enfant qui continue de bouleverser le panorama législatif des pays sud américains en la matière.

La nouvelle conception de l'enfance née de la CIDE s'est étendue à tout le continent latino-américain : constitutions nationales, constitutions fédérales, lois, codes. Cette attitude d'appropriation et d'intégration de la loi internationale par les pays latino-américains s'oppose à la position des Etats-Unis qui, c'est un euphémisme, restent en retrait, sur la question des droits des enfants.

Sur la forme, le pays a des procédures longues d'adoption des traités internationaux. L'étude du degré de conformité de la Convention aux pratiques et lois fédérales et de chaque Etat prend du temps. D'autant plus que les Etats-Unis n'étudient qu'un traité à la fois. Il a fallu plus de trente années pour que soit ratifiée la Convention sur le Génocide et après dix-sept ans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ne l'est pas encore. Ce dernier texte est prioritaire, ce qui repousse dans le calendrier la ratification de la CIDE. Toutefois, la question formelle n'explique pas à elle seule, tant s'en faut, la résistance du pays en la matière.

La non-ratification des Etats-Unis ne doit rien au hasard, mais plutôt à une perception particulière et isolée du droit international. Il existe, de fait, une certaine aversion des Etats-Unis pour les Conventions internationales. Ils estiment qu'elles ne sont pas nécessaires, car le droit interne protège davantage les concitoyens. Cette aversion est due également au fait que le droit international est vu comme une ingérence inacceptable dans l'ordre interne. Il y a une crainte du multilatéralisme. Pour Richard Falk, professeur de droit à l'Université de Princeton, « il y a une conception plus territoriale de la souveraineté qui n'inspire au gouvernement américain et à sa population que peu d'enthousiasme à l'égard de tout

processus externe d'évaluation³⁶⁰ ». Les relations houleuses entre les Etats-Unis et les Nations Unies en témoignent³⁶¹. De plus, aux Etats-Unis, le droit est considéré comme critiquable et perfectible. Les juges sont les acteurs de la transformation permanente de la règle. Ils sont accompagnés, en cela, par des groupes de pression qui tentent de faire pencher la balance de leur côté. Le juge, dans ce dialogue, peut interroger et même contredire la loi. Elle ne s'impose pas à lui. Dès lors, la réception d'un outil international tel que la CIDE ne peut être vue comme la greffe d'un corps étranger sur un droit mouvant, flexible et adaptable. La greffe n'a pas encore pris.

Cela ne signifie pas le manque de prise en considération des Etats-Unis pour les principes de la CIDE. A de nombreuses reprises, les autorités de Washington ont signalé leur engagement pour les droits des enfants. Madeline Albright, lorsqu'elle représentait son pays devant les Nations Unies a déclaré à l'occasion de la signature de la Convention en 1995 que « (...) la participation des Etats-Unis à la Convention reflète le profond et durable engagement du peuple américain (...)»³⁶² ». Toutefois, la non-ratification par les Etats-Unis de la CIDE ne se limite pas à une question formelle, ou à une certaine vision du droit international. Des règles en vigueur, concernant en particulier la justice des mineurs, s'opposent frontalement aux principes et articles de la CIDE.

§ 2. - La responsabilité pénale des enfants aux Etats-Unis

Bien avant l'adoption par les Nations Unies de la CIDE, les Etats-Unis ont reconnu l'importance de garanties légales pour les mineurs auteurs d'infractions. Cette nouvelle jurisprudence issue de l'arrêt Gault de 1967 mettait fin à l'arbitraire des juges des mineurs. Les faits sont les suivants : Un jeune de quinze ans, accusé d'appels téléphoniques obscènes à

³⁶⁰ R. Falk, « Souveraineté et Droit de l'Homme: comment concilier ces deux concepts », in *Démocratie et Droits de l'homme, Revue électronique du département d'Etat des Etats-Unis*, volume 8, numéro 1, mai 2000 (en ligne) <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0500/ijdf/frfalk.htm>

³⁶¹ P. Bennis, « Les Etats-Unis sapent le droit international », *Le Monde Diplomatique*, décembre 1999.

³⁶² Remarque de l'ambassadeur Madeline K. Albright, représentante permanente des Etats-Unis aux Nations Unies, Nations Unis, U.S. Press Release, 16 février 1995 cité dans le rapport de HRW (2005). Rappelons que les Etats-Unis ont signé mais non ratifié la CIDE. Cette déclaration a été réitérée en 1999 par Betty King le représentant des Etats-Unis devant le conseil Economique et social, à l'occasion du dixième anniversaire de la CIDE (en ligne) http://www.un.int/usa/99_112.htm, accessed on July 22, 2005.

une voisine, a été condamné par le tribunal des mineurs à être « réhabilité » dans une maison d'arrêt spécialisée jusqu'à sa majorité, ce qui correspondait à six ans de prison. Pour le même délit, un adulte encourrait une amende de cinquante dollars ou deux mois de prison. La Cour suprême a décidé que les garanties légales devaient s'appliquer lorsqu'il s'agissait de mineur. En l'espèce, l'accusé n'avait pas eu droit à un avocat, il n'y a pas eu de citation de témoins, les charges concrètes n'ont pas été formulées. Le cas Gault inaugure aux Etats Unis la protection des droits constitutionnels pour les enfants.

Sans entrer dans les variations de responsabilité pénale des mineurs selon les Etats concernés, signalons que, le principal point d'achoppement à la ratification de la CIDE est la question de la peine de mort et de l'emprisonnement à vie infligée à des mineurs, deux peines interdites par la convention³⁶³. L'exécution de condamnés mineurs (au moment des faits) est encore en vigueur. Selon Amnesty International « au mois d'août 2002, quinze Etats américains détenaient 82 mineurs délinquants dans le couloir de la mort. Dix-huit mineurs ont été exécutés dans six Etats depuis 1990³⁶⁴ ». L'étude d'Amnesty ajoute que « c'est aux Etats-Unis que le plus grand nombre d'exécutions de mineurs délinquants a été officiellement enregistré depuis 1990³⁶⁵ ». Si le phénomène d'exécution de mineurs (au moment des faits) reste marginal, il est en contradiction avec une norme généralement acceptée constitutive du droit coutumier international (*jus cogens*), argumente Amnesty International signalant ainsi que l'absence de ratification de la CIDE n'empêche pas les Etats-Unis de se situer en dehors de la norme internationale du *jus cogens*. A la question de la peine de mort s'ajoute celle de la prison à vie sans possibilité de libération pour les mineurs coupables de meurtre.

Le dernier rapport³⁶⁶ de l'ONG HRW condamne la vision particulière des Etats-Unis concernant la justice des mineurs. Elle est suffisamment spécifique pour être signalée. L'étude signale qu'en 1990, 2234 enfants avaient été condamnés pour meurtre. 2.9 % de ce total sont

³⁶³ Article 37 : « Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans (...) ». A noter qu'un mineur peut échapper à la compétence du tribunal des enfants (Juvenile court) et être renvoyé devant un tribunal pénal pour adulte (procédure du statutory exclusion).

³⁶⁴ Amnesty International, Les mineurs face a la peine de mort, Les exécutions recensées dans le monde depuis 1990, Document Public, Index AI : ACT 50/007/02, Londres, septembre 2002.

³⁶⁵ Amnesty International (2002).Le développement normatif du *jus cogens* doit être mis en perspective avec la faiblesse institutionnelle, en particulier des Nations Unies, pour le faire respecter.

³⁶⁶ HRW, AI, *The rest of their lives: life without parole for child offenders in the United States*, Amnesty International, Human Rights Watch, New York, 2005.

actuellement en prison à vie sans possibilité de libération. Dix années plus tard, le taux de condamnation pour meurtre commis par des mineurs avait chuté de 55 %, mais le pourcentage d'enfants condamnés à des peines de prison à vie avait augmenté de 216 %. Selon l'ONG, il y aurait, en dehors de ce pays, douze enfants en prison à vie. Bien que ce type de peine n'ait aucune incidence sur le taux de criminalité comme le démontre le rapport, elles restent en vigueur. La prison à vie sans possibilité de libération conditionnelle est bien sûr interdite par la CIDE³⁶⁷. Par ailleurs, ce thème n'a fait l'objet d'aucune réserve de la part des pays signataires.

Le débat sur la peine de mort ou sur la prison à vie pour des mineurs³⁶⁸ met en évidence un autre débat propre au droit international des droits de l'homme qui est l'immixtion de normes internationales dans le droit interne. Ici réside le caractère potentiellement subversif de la CIDE dans le sens où elle s'impose aux Etats, qui bien sûr l'ont ratifié, mettant en péril, sur le thème de la protection de l'enfance, leur souveraineté. En invoquant le « *jus cogens* », les organisations de défense des droits de l'homme tentent de faire sortir l'interdiction de l'exécution capitale concernant les mineurs de la CIDE pour étendre le champ à l'ensemble des pays et surtout aux Etats-Unis. Le contraste entre la position commune des gouvernements des Etats-Unis depuis 1989 et celles des gouvernements latino-américains, qui ont fait un effort substantiel plus ou moins complet de prise en compte des nouveaux droits de l'enfant, est d'autant plus notable que les droits de l'homme ont été fortement influencés par les Universités nord américaines³⁶⁹. Retard ou suffisance des Etats-Unis devant une législation qui ne les concerne pas ou bien inutilité de cette législation pour une meilleure protection des enfants ?

La fin de l'isolationnisme américain en matière de responsabilité pénale des mineurs sera peut-être due, si l'on en croit le juge pour enfant du tribunal de Worcester³⁷⁰ (Massachusetts) à des motifs financiers. La scolarisation d'un enfant représente un investissement de 6 000 dollars par an alors que son incarcération coûte 30 000 dollars par an. Le rapprochement que

³⁶⁷ Article 37.

³⁶⁸ Le premier mars 2005, la Cour Suprême des Etats-Unis a déclaré inconstitutionnelle la peine de mort concernant les enfants de moins de dix-huit ans dans le cas Roper versus Simmons opérant ainsi un revirement historique dans la jurisprudence du pays et sauvant 72 mineurs condamnés à la peine capitale.

³⁶⁹ Voir page 375.

³⁷⁰ L. Perez, « Les tribunaux pour enfants », *Revue électronique du département d'Etat*, Volume 8, numéro 1, mai 2003. (en ligne) <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0503/ijdf/ijdf0503.htm>

fait le juge montre bien la forte interaction entre les droits économiques et sociaux des enfants et leur responsabilité pénale. Investir sur les premiers, écrit-il, rétrécit le champ de la répression. Or, c'est bien la question de la responsabilité pénale des mineurs qui est le principal obstacle à l'adhésion des Etats-Unis à la CIDE. Jaap Doek³⁷¹, président du CDE, est moins optimiste. Il signale « qu'à chaque nouvelle tentative, il y a une très forte réaction des milieux les plus conservateurs aux Etats-Unis, en particulier des fondamentalistes religieux (...) Ils arrivent à bloquer toute évolution au Sénat ».

³⁷¹ Interview de Jaap Doek, Président du Comité des droits de l'enfant aux Nations Unies. (juin 2004), propos recueillis par Patrice Blanc, juin 2004. (en ligne) <http://www.defenseurdesenfants.fr/actus/texte3u.htm>

SOUS-TITRE II. - UNE INTEGRATION DE NATURE POLITIQUE

L'adaptation de la CIDE aux droits nationaux est une condition indispensable, mais non suffisante pour que les droits de l'enfant aient un impact sur la situation des enfants. Francisco Pilotti relativise avec justesse la portée du texte. Seul, il est inopérant. Pour Pilotti, l'adéquation juridique des législations concernant les mineurs au texte de la Convention est un « effort nécessaire, mais insuffisant pour que les droits des enfants soient réalité³⁷² ». La loi, dans ce cas, selon l'expert de l'OEA, est surestimée comme instrument de changement réel. L'évolution du droit, précise-t-il, est un élément précurseur³⁷³ qui impulse une dynamique d'interactions dont le résultat peut être conflictuel, car il met en cause une série d'acteurs dont les intérêts ne convergent pas toujours. Après le travail législatif, l'intégration de la CIDE doit s'étendre aux politiques sociales vers l'enfant. Le cas du Brésil est l'exemple le plus utilisé pour mettre en évidence un exemple réussi d'intégration verticale.

³⁷² Pilotti (2001): p. 11.

³⁷³ Pilotti (2001) : p. 12.

CHAPITRE 3. - POLITIQUES VERS L'ENFANCE

Chaque Etat latino-américain a élaboré, à la suite du travail législatif, de nouvelles politiques publiques dirigées vers l'enfance s'inspirant des principes de la CIDE. C'est un défi dans un contexte global de désengagement de l'Etat. Aux blocages administratifs qui freinent l'application des lois nouvelles, s'ajoute la mauvaise volonté d'un lobby juridique imprégné des législations antérieures et d'une pratique autoritaire. La CIDE peine à se traduire dans des politiques publiques cohérentes à long terme. Là sans doute est l'un de ses principaux défis.

Section 1. - Incidence des politiques publiques sur l'enfance

Malgré le passage d'un Etat protecteur à un Etat libéral, les gouvernements démocratiques ont tous fait la promesse de donner la priorité à l'enfance. Prioritaire dans le discours, l'enfance est moins présente lorsqu'il est question de choix de politique économique. Ils ont pourtant une influence directe et mesurable sur le bien-être des enfants. Alors que le retour sur investissement de politiques prenant en compte la situation des enfants n'est guère contesté, les faits indiquent que les préoccupations gouvernementales sont plus formelles que réelles.

§ 1. - Un impact limité

Le constat actuel tend à montrer le manque d'impact des politiques économiques sur la situation réelle de l'enfance. Il en résulte une dégradation des services publics qui, ajouté à une crispation sociale, oblige les Etats latino-américains à repenser leurs priorités.

A - Diminution réelle des dépenses publiques

L'adéquation du droit interne aux principes de la CIDE doit impliquer, selon la doctrine de la protection intégrale, outre les changements législatifs indispensables, une réorganisation des institutions chargées des enfants et un développement de politiques sociales de l'enfance orientées vers l'exercice de leurs droits nouvellement consacrés. Le développement de ces politiques se produit dans une région qui a vécu une grave crise économique, pendant la « décennie perdue ». La décennie suivante, celle des années quatre-vingt-dix a donc débuté avec des indices de pauvreté importants. Ils se caractérisaient par la poursuite de la migration des campagnes vers les villes, par un déficit dans les services publics de base et par une détérioration de la santé et de l'éducation³⁷⁴. Pour les enfants, cela a signifié une augmentation des problèmes d'alimentation, d'analphabétisme, de maladies, de maltraitance. C'est la décennie « piégée par le libéralisme » selon Pierre Salama³⁷⁵. Les dépenses sociales ont diminué. L'auteur signale que « la recherche d'une crédibilité auprès de bailleurs de fonds internationaux conduit à rechercher un équilibre budgétaire au détriment de ces dépenses (dépenses sociales) ».

Ainsi, le modèle économique suivi par l'ensemble des pays d'Amérique latine (à l'exception de Cuba) n'a pas favorisé le développement de politiques sociales destinées à l'enfance. Par ailleurs, « les dépenses sociales de l'Etat diminuaient alors qu'en même temps augmentaient les inégalités de revenus et la pauvreté³⁷⁶ ». Les conséquences sur la santé et l'éducation sont claires : « moins de financement pour l'école conduit à une dégradation prononcée du service public, une augmentation rapide de l'analphabétisme et donc une formation inadéquate par rapport aux nécessités de l'industrialisation et une fragilisation de la démocratisation. Moins de financement pour la santé fait réapparaître des épidémies qu'on croyait éradiquées, diminue

³⁷⁴ A. Bonasso, *Hacia un sistema de protección integral para la infancia y la adolescencia*, Instituto Interamericano del Niño, Conférence, Guatemala, octobre 2001.

³⁷⁵ P. Salama, « Amérique Latine: La Décennie piégée par le libéralisme », *Le Monde*, Paris, 15 octobre 2002.

³⁷⁶ P. Salama: « De quelques leçons économiques de l'histoire latino-américaine récente, libéralisme en Amérique latine, à qui profitent les échecs? », *Actes du Colloque* organisé par le Groupe Regards Critiques et l'Association d'étudiants pour l'Amérique latine à l'Université de Lausanne, 10-11 mars 1995.

l'espérance de vie des plus pauvres³⁷⁷ ». La crise des services publics contraste avec la promesse de politiques publiques pour l'enfance.

B - Investir dans l'enfance

Le contexte économique a un impact direct sur les politiques dirigées à l'enfance qu'elles soient universelles ou sectorielles. D'une manière plus précise, les progrès des économies latino-américaines en 2004 ne suffisent pas à compenser les retards accumulés dans la période 2001/2003³⁷⁸. Tout en constatant une chute dans le nombre d'enfants par foyer, les experts de la CEPAL insistent sur « l'urgente nécessité d'investir dans l'enfance comme condition essentielle pour lui assurer un bien-être et éviter la transmission intergénérationnelle de la pauvreté³⁷⁹ ». Cette incitation augmenter les budgets des politiques publiques dirigées vers l'enfance est constante dans les recommandations du Comité des droits de l'enfant et dans les documents de la CEPAL ou de l'UNICEF. En réalité, il est difficile d'établir un bilan de l'impact des politiques économiques durant les années quatre-vingt-dix. Les rapports des organismes des Nations Unies sont souvent ambivalents ou pour le moins contrastés. Le rapport spécial de l'UNICEF et de la CEPAL sur les inégalités touchant les enfants l'illustre en ces termes : « l'évolution de la pauvreté pendant la décennie passée indique que si dans certains pays elle a été réduite, cela n'a pas permis de diminuer le nombre d'enfants et d'adolescents qui vivent dans ces conditions³⁸⁰ ». En moins de dix ans, le nombre des moins de vingt ans en situation de pauvreté avait augmenté de quatorze millions, poursuit le rapport. La plupart des pays d'Amérique latine se retrouvent devant un paradoxe dont les termes sont d'un côté un consensus sur la priorité à donner à l'enfance et aux politiques sociales et de l'autre un modèle économique libéral tendant à diminuer le poids de l'Etat.

³⁷⁷ Pierre Salama (1995).

³⁷⁸ Collectif, *Panorama social de l'Amérique Latine, Pobreza y distribución del ingreso*, CEPAL, 2004, p.2.

³⁷⁹ CEPAL (2004) p. 26.

³⁸⁰ CEPAL, *Las desigualdades en las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes en Iberoamérica, Construir Equidad desde la Infancia y la Adolescencia en Iberoamérica*, CEPAL, UNICEF, Sebid, 2001.

Pour Pilotti³⁸¹, on a surestimé le rôle des lois (la CIDE) comme instrument de changement social en dissociant le discours des droits de l'enfant de la réalité socio-économique et des conséquences d'une politique libérale. Il y a donc coexistence de deux discours parallèles. L'un traite des droits de l'enfant et l'autre des politiques économiques. Les droits économiques et sociaux des enfants sont le point de tension. Une des limites au développement des droits de l'enfant est matérielle.

§ 2. - La promesse de politiques publiques fondées sur la CIDE

Depuis une dizaine d'années, les gouvernements ont multiplié les promesses de mettre l'enfance au centre de leurs préoccupations. Les Déclarations se sont succédé. En revanche, les priorités économiques confirment le désengagement de l'Etat. Au-delà de l'analyse classique et peut être dépassée du retrait de l'Etat, il faut s'interroger sur les moyens dont ils disposent pour être à la hauteur de leurs engagements en faveur de l'enfance ?

A - Des promesses

Selon la CIDE, le principal responsable de l'effectivité des droits de l'enfant est l'Etat. Il doit rendre compte de ses progrès dans ce domaine devant le Comité des droits de l'enfant. Les doctrinaires de la protection intégrale insistent sur ce socle éthique que représente la CIDE pour la détermination des politiques publiques. L'Etat doit donc investir pour la mise en place de politiques sociales publiques³⁸² destinées à « mettre en œuvre les droits reconnus » dans la CIDE. Respecter les droits et les garanties des enfants devient une « priorité absolue » qui doit inspirer les politiques sociales publiques. Cette responsabilité de l'Etat a été confirmée par la « Déclaration mondiale sur la survie, la protection et le développement de l'enfant »

³⁸¹ Pilotti (2001), p. 7.

³⁸² Article 4 de la CIDE « Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre 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 ».

approuvée le 30 septembre 1990 lors du sommet mondial de l'enfance organisé par l'UNICEF. Dix années plus tard, les chefs d'Etat de 21 pays latino-américains, réunis à Panama confirmaient le « rôle primordial et normatif de l'Etat dans l'élaboration et l'exécution de politiques sociales » au bénéfice des enfants et adolescents »³⁸³. Les chefs d'Etat promettent de « continuer de développer des politiques et des programmes nationaux » et d'assigner de plus grandes ressources aux dépenses sociales. Ils insistent sur leur adhésion aux principes et objectifs consacrés dans la CIDE et aux instruments postérieurs de protection des droits de l'enfant. Les principes de la CIDE font l'unanimité. De plus, la Déclaration de Panama détaille dans l'intitulé « actions pour l'équité et la justice sociale » le type de mesures à prendre et les objectifs poursuivis par les gouvernements.

Les promesses des gouvernements ont été suivies d'effets dans les textes. La majorité des pays ont mis en place des programmes nationaux et des politiques publiques qui incluent les principes de la CIDE. La question de l'efficacité de ces politiques publiques demeure. C'est aujourd'hui une question de budget ont conclu, les gouvernements réunis à Panama.

B - Un contexte libéral

La Déclaration de Panama dans le paragraphe 4 réaffirme « l'engagement individuel et collectif de fortifier un système multilatéral de commerce libre, ouvert, non discriminatoire, sûr et prévisible ». Il est étonnant de trouver ce paragraphe d'inspiration libérale inclus dans une Déclaration sur l'enfance et l'adolescence. La mise en place de politiques sociales destinées à l'enfance dans un contexte d'abandon du concept d'Etat protecteur et de libéralisation économique entériné par les négociations sur les traités de libre commerce est un défi posé aux gouvernements latino-américains. Il est à craindre que les réponses traditionnelles de clientélisme et d'assistentialisme s'imposent au détriment de politiques sociales protectrices des droits des enfants.

³⁸³ Déclaration de Panama, « Unis pour l'enfance et l'adolescence, Fondement de la justice et de l'équité pour le nouveau millénaire », Dixième Sommet iberoaméricain des chefs d'Etats et de gouvernements des pays iberoaméricains, Panama 17 et 18 novembre 2000.

Dans un article écrit en 1993³⁸⁴, l'économiste Jaime Marquez Pereira critiquait ce type de politique. Il montre qu'il existe « deux modalités d'intégration sociale » l'une réservée aux salariés, minoritaires dont la base est « un ensemble de droits civils et sociaux » et l'autre dépend de pratiques « associées à un rapport d'allégeance ». Dans cet esprit, le droit édicté par les Etats latino-américains souligne l'auteur, est peu effectif et aisément contournable.

Plus que juridique, l'enjeu est alors de nature politique. Les tenants d'un Etat libéral qui prônent la régulation par le marché de diverses questions touchant l'enfance s'opposent aux défenseurs d'un Etat protecteur qui souhaitent le développement d'une politique publique forte. La privatisation de l'éducation au détriment de l'école publique et celle de la santé au détriment d'une sécurité sociale pour tous marquent la tendance actuelle. Il devient alors illusoire de promouvoir des droits que l'Etat, principal protagoniste désigné par la CIDE, ne peut prendre en charge. Cette démission « forcée » de l'Etat a des conséquences importantes sur les droits de la CIDE. Par exemple, la croissante privatisation des services publics et en particulier de l'éducation et de la santé est une menace pour l'effectivité des droits sociaux de l'enfant. Le droit d'aller à l'école ou de se faire soigner devenant de plus en plus des marchandises, l'enfant citoyen se voit réduit à la condition d'enfant consommateur, s'il en a les moyens.

C'est une des raisons pour laquelle l'intégration de la CIDE dans les politiques publiques risque de devenir une question insoluble, car l'intention affirmée des Etats ne se traduit pas par des politiques publiques à long terme et par un investissement massif. Cette contradiction entre les bonnes intentions affirmées dans les déclarations et l'absence de passage à l'acte des Etats a conduit la psychologue argentine Valeria Llobet à s'interroger sur la correspondance entre l'affermissement de l'Etat libéral et l'avènement des droits de l'enfant³⁸⁵. La CIDE serait, pour elle, au mieux le correctif juridique d'une politique résolument libérale, au pire une promesse intenable. C'est, pour elle, parce qu'il est résolument libéral que l'Etat produit un discours fort sur les droits de l'enfant.

³⁸⁴ J. Marquez Pereira, « Les limites de l'Etat en Amérique Latine. Citoyenneté, intervention sociale et croissance économique », *Cahiers des Amériques Latine* n°15, IHEAL, Paris, 1993, p. 109 à 114. L'exemple du Mexique a été (mal) choisi par l'auteur.

³⁸⁵ V. Llobet, « Las instituciones para la infancia y la ciudadanía de niños y niñas y adolescentes », in *Derechos del niño, practicas sociales y educativas, Ensayos y Experiencias*, n°41, Buenos Aires, Novembre/décembre 2001, p. 59.

Section 2. - Limite des politiques publiques

La faible concrétisation des promesses des gouvernants par des politiques publiques à long terme n'est pas le seul frein à l'application de la CIDE. En effet, il est demandé aux « anciens acteurs » de mettre en place « le nouveau droit ». Il ne s'agit pas alors directement du pouvoir politique, mais des experts de l'enfance : juges, assistantes sociales, éducateurs... Changer les lois est plus rapide que changer les esprits. Les droits de l'enfant se heurtent à de forts conservatismes de la part des acteurs publics de l'enfance. Pour cette raison, pour les promoteurs des droits des enfants, l'application de nouvelles politiques publiques exige « la conversion » des acteurs de l'enfance.

§ 1. - Persistance de conservatismes

La terminologie utilisée par les acteurs de l'enfance peine à évoluer. C'est un signe de difficulté d'adaptation de l'administration aux concepts de la CIDE. Plus par inertie que par volonté politique exprimée, un puissant lobby juridique et administratif résiste aux changements.

A - Un conservatisme juridique et administratif

García Méndez voit dans le conservatisme juridique et administratif l'un des principaux freins au développement des droits de l'enfant³⁸⁶. Les bonnes intentions des gouvernements se heurtent à une pratique administrative issue du modèle législatif antérieur à la CIDE. Malgré les promesses et le bouleversement juridique que nous avons décrit, il y existe des difficultés pour établir une véritable politique des droits de l'enfant conforme aux principes de la CIDE. Le Service National des Mineurs du Chili (SENAME) témoigne de cette période de transition entre les deux concepts de l'enfant. Il conserve une appellation d'avant 1989 en faisant

³⁸⁶ García Méndez (1997), p.22.

référence aux mineurs³⁸⁷ alors que sa nouvelle orientation impose les termes d'enfant et d'adolescents. Les nouveaux objectifs du SENAME précisent que « le gouvernement du président Ricardo Lagos a décidé de réaliser un profond changement dans le système d'attention à l'enfance pour le rendre cohérent, dans tous ses aspects, aux mandats de la Convention internationale des droits de l'enfant³⁸⁸ ». Toutefois, le type d'intervention reste empreint d'une vision qui n'est pas en adéquation avec les principes de la CIDE. La notion de risque social continue de prévaloir, les usagers continuent d'être considérés comme des bénéficiaires³⁸⁹...

Pour cette raison, l'adéquation du droit interne aux principes de la CIDE n'a pas entraîné systématiquement la mise en mouvement de politiques sociales en correspondance avec les nouveaux principes. Pour Juan Facundo³⁹⁰, le lobby de la justice des mineurs nuit au redéploiement de ces politiques publiques. L'ancien droit des mineurs avait pour principal exécutant les juges des mineurs. Afin de garder la même quantité de tribunaux et de causes, ils freinent les tentatives de déjuridiciarisation du traitement public de l'enfance. Centrant ses réflexions sur la province de Buenos Aires, l'auteur confirme que les principes de la CIDE sont peu appliqués et que les critères de juridiciarisation et d'institutionnalisation prévalent. De plus depuis plus de dix ans, soit depuis la ratification de la CIDE, les tribunaux pour enfants ont été multipliés par deux dans le district de Buenos Aires ce qui implique un coût important diminuant d'autant les ressources destinées aux politiques sociales. « Alors que la communauté internationale signale que la politique tutélaire n'est pas adéquate comme politique destinée à l'enfance, dans la province la plus importante du pays, il s'est passé le contraire, et la quantité de tribunaux, de causes judiciaires et assistantielles et d'enfants institutionnalisés ont augmenté ». Parallèlement, poursuit Facundo les services du gouvernement chargés des questions de l'enfance et de l'adolescence restent faibles et sont caractérisés par : une importante rotation du personnel, une formation insuffisante, un manque de motivation, des budgets réduits, peu de relations en dehors de l'institution, peu de présence à l'intérieur de la province, peu d'équipement informatique...

³⁸⁷ Le Service National du Mineur au Chili, l'Institut National pour les Mineurs en Uruguay.

³⁸⁸ Extrait du site internet du SENAME, www.sename.cl. Voir la « réforme du Sename ».

³⁸⁹ Llobet (2001), p. 53.

³⁹⁰ J.Facundo Hernandez, « Del sistema tutelar a las políticas sociales », Primera conferencia internacional de justicia juvenil, Salamanca, 2004.

Les bonnes intentions des gouvernements latino-américains ne se traduisent pas dans les faits et les budgets assignés à la justice juvénile restent dans leur grande majorité largement supérieurs aux politiques publiques dirigées à l'enfance et à l'adolescence. Associés à cela, les acteurs publics, pas toujours convaincus par les nouvelles lois, tardent à les appliquer.

B - Les exemples péruvien et mexicain

La mise en place d'organismes qui auraient comme responsabilité de mettre en place des politiques ou d'assurer aux enfants ou aux adolescents une assistance reste souvent incomplète. Leur mission est décrite de manière générale, et les moyens financiers ne sont souvent pas pris en compte. L'exemple du Pérou et du Mexique l'illustre.

Le livre II du Code du Pérou est consacré au « Système National d'Attention Intégrale à L'enfant et à l'Adolescent ». Il est défini comme un ensemble d'entités et de services publics et privés qui formule, coordonne, supervise, évalue et exécute les programmes et les actions développées pour la protection et la promotion des droits des enfants et des adolescents. Ce système doit répondre au principe de la décentralisation. L'entité principale est le Ministère de promotion de la femme et du développement humain (PROMUDEH). L'article 29 énonce les huit missions qui lui incombent. Parmi elles, la formulation, l'approbation et la coordination de politiques orientées vers l'attention intégrale des enfants et des adolescents. Les implications précises de ces missions ne sont pas formulées. En outre subsistent l'ouverture « d'enquêtes tutélaires aux enfants et aux adolescents en situation de risque » et l'application des « mesures correspondantes ».

Le code du Mexique ne consacre que quatre articles pour la description de l'organisation institutionnelle. « Il semble que les lois ont été approuvées sous la logique qui a caractérisé le système politique mexicain depuis des dizaines d'années : les changements d'apparence qui n'engagent pas des réformes de fond »³⁹¹, dénonce le principal réseau d'ONG spécialisé sur les droits de l'enfant.

En effet, aucun mécanisme n'a été prévu pour la mise en place effective des droits. En conséquence, les mêmes instances gouvernementales non réformées ont des responsabilités

³⁹¹ Voir le Site Internet du réseau mexicain d'ONG pour l'Enfance. (en ligne)
<http://www.derechosinfancia.org.mx/Legislacion/legislacion11.htm>

pour développer des politiques publiques, comme le DIF (Système National pour le développement intégral de la Famille) créé en 1977.

L'intervention de l'administration, de la participation de la société civile, et de la communauté n'est pas définie. Les ressources financières pour le fonctionnement des « instances spécialisées avec des fonctions d'autorité pour respect effectif de tels droits » ne sont pas prévues. Le type d'engagement des instances gouvernementales pour le respect des droits n'est pas décrit. En théorie, cela se traduit par des politiques publiques fondées sur la CIDE. Dans les faits, c'est la mise en œuvre qui reste critiquable.

§ 2. - Des politiques publiques contradictoires

Malgré les critiques envers les politiques publiques actuelles, pour les défenseurs des droits de l'enfant, la nouvelle conjoncture juridique et le développement de la doctrine de la protection intégrale permettent l'établissement de politiques publiques intégrales et respectueuses des droits de l'enfant. Laissant de côté une analyse du rôle actuel de l'Etat, ils voient dans la construction de la démocratie le principal garant de l'effectivité des droits de l'enfant. « L'avenir des politiques publiques pour l'enfance ne dépend pas seulement de la construction pleine de la démocratie, mais c'est la propre consolidation de la démocratie qui dépend de notre volonté et capacité de vivifier les politiques publiques pour l'enfance en Amérique latine³⁹² ». García Méndez constate le caractère fragmentaire et surtout la vision à court terme qui a prévalu dans l'action des gouvernements vers la question de l'enfance. Il distingue d'ailleurs les politiques publiques des politiques gouvernementales. Plus convaincante est l'analyse de Pilotti³⁹³ qui montre que les nouvelles législations fondées sur les droits de l'enfant ne produisent pas de résultats directs, mais « des éléments précurseurs qui impulsent une dynamique d'interaction » dont les effets sont imprévisibles. Coexistent, poursuit Pilotti, en prenant l'exemple du Salvador des lois modèles³⁹⁴ qui incorporent les recommandations internationales sur les droits de l'enfant et des lois préférant l'internement comme mesure

³⁹² E. García Méndez, « *La Convención Internacional de los derechos del niño y las políticas públicas* », in García Méndez (1997), p. 253. L'auteur insiste sur la responsabilité de la société civile pour contribuer à la construction de politiques publiques et se livre dans cet article à une analyse du rôle des ONG.

³⁹³ Pilotti (2001), p. 12.

³⁹⁴ Loi du mineur délinquant de 1995.

idéale concernant la délinquance juvénile³⁹⁵ ce qui inévitablement conduit à des politiques publiques contradictoires.

La situation salvadorienne a été dénoncée par le Réseau de Protection de l'Enfance et de l'Adolescent (RIA), groupement d'associations spécialisées sur l'enfance et auteur du rapport des ONG sur l'application de la CIDE³⁹⁶ au Salvador. L'article 22 de la loi transitoire d'urgence de 1996 est une mesure d'exception à la loi du mineur infracteur de 1995 et est contraire à la CIDE pour laquelle les mesures d'internement sont de dernier recours. Le 14 février 1997, la Cour suprême a invalidé cette disposition. Le rapport des ONG conclut que, concernant la politique de réconciliation nationale, le thème de l'enfance a été laissé pour compte. Il existe une confusion entre la politique publique et la politique législative. L'exemple du Salvador est caricatural parce que son système légal concernant la justice des mineurs est sophistiqué et a eu une influence sur les autres pays d'Amérique centrale. Malgré cet aspect, il subsiste une incohérence dans la politique législative. L'effort juridique n'est pas accompagné d'une politique publique à long terme. Le débat se centre toujours sur la délinquance juvénile en premier lieu, sur les réformes légales en deuxième lieu et enfin sur la politique publique pour l'enfance. Les budgets de l'Etat reflètent ces priorités.

En réalité, la question légale a signalé Mary Beloff³⁹⁷ représente un pour cent du problème. Les réformes législatives suggèrent les politiques publiques à développer en faveur de l'enfance. Les processus antagonistes, comme celui du Salvador sont fréquents en Amérique latine écrit Pilotti³⁹⁸, « région où peuvent coexister des législations inspirées des principes les plus avancés en matière de droit de l'homme avec l'extermination systématique d'enfant aux mains des escadrons de la mort ». Faut-il conclure, écrit-il, que les réformes en cours n'ont pas de sens ? Elles en ont un, poursuit-il, parce qu'elles s'inscrivent dans un processus de reconquête de la démocratie. Plus que sa réponse, c'est la question de l'expert de la CEPAL qui a un sens. L'exemple du Brésil met en évidence cette dualité. Le contexte s'éloigne du

³⁹⁵ Loi transitoire d'urgence contre la délinquance et le crime organisé de 1996.

³⁹⁶ « Informe sobre la situación de cumplimiento de la convención de los derechos de la niñez en El Salvador 1998 – 2003 », présentée par la RIA devant le Comité des droits de l'enfant, janvier 2004. (en ligne) [http://www.crin.org/docs/resources/treaties/crc.36/EI%20Salvador_Red_ngo_report\(S\).pdf](http://www.crin.org/docs/resources/treaties/crc.36/EI%20Salvador_Red_ngo_report(S).pdf)

³⁹⁷ M. Beloff, « En justicia para jóvenes, todavía vivimos en el pasado », *El Clarin*, 3 avril 2005.

³⁹⁸ F. Pilotti (2001), p.13.

texte³⁹⁹ ce qui rend pratiquement impossible la mise en pratique des principes de la CIDE. Les promesses réitérées des gouvernements d'assurer l'effectivité des droits de l'enfant par des politiques publiques cohérentes trouvent un écho dans les exigences des défenseurs des droits de l'enfant pour des politiques publiques cohérentes. La réalité est l'accroissement d'un antagonisme entre les droits de l'enfant de plus en plus déclinés et précisés et la réalité de l'enfance latino-américaine dont la frange la plus pauvre vit une zone de non-droit. Le statut de l'enfant brésilien en est l'exemple le plus patent.

³⁹⁹ L'expression, « la circulation d'un texte sans son contexte », est de Bourdieu, précise Pilotti (2001) p. 13.

CHAPITRE 4. - LE STATUT DE L'ENFANT ET DE L'ADOLESCENT BRÉSILIEN

Concernant le Brésil, modèle d'intégration de la CIDE selon les doctrinaires de la protection intégrale, l'anthropologue Claudia Fonseca résume clairement la question : « Bien que la Constitution contienne beaucoup d'idées excellentes, tout le monde sait que le pays n'a pas les moyens de la mettre en pratique⁴⁰⁰ ». Pour cette raison, l'analyse du cas brésilien, plus que tout autre pays, met en évidence, l'effort législatif de mise en adéquation des normes brésiliennes avec la CIDE, mais également, par contraste, les limites de la norme.

Section 1. - Constitution et participation

Le Brésil est, depuis la promulgation de Statut de l'enfant et de l'adolescent, le référent latino-américain en matière de définition des droits de l'enfant. Les auteurs louent non seulement le processus d'adéquation des textes nationaux aux principes de la CIDE, mais aussi le mode de production du droit qui a laissé une large place à la participation citoyenne.

§ 1. - Reconnaissance constitutionnelle

De la Constitution aux politiques publiques, le droit brésilien de l'enfance s'est renouvelé. Une des particularités de cette réforme est qu'elle a été réalisée avant la signature de la CIDE et pendant les discussions sur la nouvelle constitution. Ce qui explique l'intégration détaillée des droits de l'enfant dans la constitution de 1990. Pour García Méndez, le Brésil est l'exemple à suivre en matière de construction législative concernant les nouveaux droits de l'enfant en raison de la qualité des textes produits et de la large participation sociale aux débats. Elle s'est traduite par l'intégration de représentants de la société civile dans la mise en

⁴⁰⁰ C. Fonseca, « Derechos de los más y menos Humanos », *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, año 5, n° 10, mai 1999.

place de la nouvelle législation. « Il ne me paraît pas exagéré, se félicite García Méndez, d'affirmer que le processus de transformations juridiques qui a abouti à l'approbation du statut de l'enfant et de l'adolescent au Brésil constitue, peut être, le motif des plus grands échanges et d'intégration que, dans le domaine social, le Brésil a eu avec le reste de l'Amérique latine⁴⁰¹ ».

Avant la ratification de la CIDE, le régime applicable aux enfants était assuré par deux instruments juridiques : la loi n° 6.697 du 10 octobre 1979 (code des mineurs) et la loi n° 4513 du 1er octobre 1964 de la « politique nationale du bien-être de l'enfant », reflets de la doctrine de la situation irrégulière. Aujourd'hui, le droit de l'enfance trouve sa source dans l'article 227 de la constitution de 1988.

Il assure « une priorité absolue » aux droits de l'enfant et désigne ceux qui doivent les garantir⁴⁰² : l'Etat, la famille et la société. Le paragraphe 1 de l'article 227 pose les principes auxquels les programmes d'assistance intégrale à la santé de l'enfant et de l'adolescent doivent répondre. Le paragraphe 3 éclaire les aspects que doit comprendre le droit à la protection spéciale tel que l'obéissance aux principes de brièveté, d'exception et de respect de la condition particulière de la personne en développement dans l'application de n'importe quelle mesure privative de liberté. Le paragraphe 4 traite de l'abus, de la violence et de l'exploitation sexuelle de l'enfant et de l'adolescent. Le paragraphe 5 aborde le thème de l'adoption. Lors de « l'attention portée aux droits de l'enfant et de l'adolescent », deux principes devront être respectés : la décentralisation politico-administrative et la participation de la population dans la formulation des politiques et dans le contrôle des actions à tous les niveaux. Elle devra être assurée par l'intermédiaire d'organisations représentatives⁴⁰³ (article 204). La consécration de la participation effective de la société civile⁴⁰⁴ est une des nouveautés du Statut. Ces deux principes posent une limite au pouvoir des administrations publiques qui jusque-là détenaient un pouvoir exclusif. Ils permettent aussi un contrôle de la société civile,

⁴⁰¹ E. García Méndez, « Infancia, ley y democracia: Una Cuestion de justicia », in García Méndez (1998), p. 11.

⁴⁰² Article 227. « La famille, la société et l'Etat ont comme priorité absolue, le devoir d'assurer à l'enfant et à l'adolescent le droit à la vie, à l'alimentation, l'éducation, le loisir, la dignité, le respect, la liberté et l'insertion dans la vie familiale et sociale, et de les protéger contre toute forme de négligence d'exploitation, de cruauté et d'oppression ».

⁴⁰³ Article 204 du Statut.

⁴⁰⁴ En particulier le mouvement. « Movimiento niños y niñas ».

en l'espèce, des ONG spécialisées sur l'enfance, d'exercer une pression sur les organes de l'Etat.

§ 2. - Participation de la société civile à l'élaboration du Statut

La question de la participation est directement inspirée de la CIDE. Le droit nouveau est l'affaire de tous. De ce point de vue, le Statut brésilien a compté sur une participation de la société civile exemplaire pour discuter de la nouvelle loi. Elle a sa place à présent dans le cadre des instances prévues par la législation nouvelle.

A - Une mobilisation de fait

La constitution du Brésil de 1988 a été analysée du point de vue des droits de l'enfant comme « une vraie rupture avec la tradition antérieure »⁴⁰⁵ due en partie à l'importante mobilisation sociale. Pour la sociologue brésilienne Inaia Maria Moreira de Carvalho⁴⁰⁶, c'est l'action du mouvement social pour les droits de l'enfant qui a permis l'adoption de textes qui ont opéré un retournement dans la considération juridique de l'enfance brésilienne. Elle attribue, sans doute un peu exagérément, la paternité des réformes au mouvement social. « Sa pression (du vaste mouvement en faveur de l'enfance) s'accrut durant l'élaboration de la nouvelle Constitution brésilienne de 1988, de telle sorte que celle-ci retint dans son article 227 le principe de la participation d'entités non gouvernementales dans les programmes d'assistance aux enfants promus par l'Etat. La poursuite du mouvement et son action au Congrès, firent que cette disposition fut complétée par l'approbation de la loi 8069 dite « Statut de l'enfant et de l'adolescent ». Edson Seda parle d'une « mémorable campagne pour un statut pour la

⁴⁰⁵ García Méndez (1997), p. 29. Concernant la tradition antérieure, voir J-B Herzog, La protection juridique et sociale de l'enfant au Brésil, Agen, 1951. La tradition antérieure fondée sur la doctrine de la situation irrégulière est résumée par ces mots : « Notre législation, écrit le président de la commission de révision du Code des mineurs, ne fait aucune distinction entre l'enfant délinquant et l'enfant abandonné ».

⁴⁰⁶ I.M. Moreira de Carvalho, « Droits légaux et droits effectifs. Enfants, Adolescents et citoyenneté au Brésil », Cahiers des Amériques Latines n° 22, IHEAL, Paris, p. 7. (souligné par l'auteur).

population des enfants et adolescents⁴⁰⁷ ». La participation des secteurs les plus progressistes de la société brésilienne pour la rénovation complète du droit de l'enfance est sans doute l'un des éléments les plus novateurs. Le droit ne vient plus d'un comité d'experts ou de spécialistes, mais d'un mouvement social se félicite Garcia-Mendez. Dans cet esprit, précise Edson Seda, « (...) On assiste à un processus à partir duquel les communautés, apprenant à se mobiliser, se mobilisent pour créer des normes qui doivent être assumées par les personnes pour changer le standard de relation entre la loi et l'enfant, l'Etat et l'enfant, la famille et l'enfant et ainsi successivement⁴⁰⁸ ». La convergence d'une société civile dynamique et l'écoute du législateur ont sans doute permis la meilleure traduction juridique de la CIDE. Elle en reprend les principales notions tout définissant précisément les mécanismes de participation citoyenne. De notre point de vue, plus que par son ampleur, le mouvement social dont parle Edson Seda se caractérise par sa pertinence et par la qualité de ses leaders. Cette idée se retrouve dans la thèse de doctorat de Maria Livia de Tommasi⁴⁰⁹ qui s'achève sur l'interview d'un militant des droits de l'enfant : « Si tu vas voir vraiment quelle a été la mobilisation sociale, tu vas voir qu'elle n'était pas tellement grande : c'est qu'il y avait des personnes très stratégiques, et ces personnes ont réussi à former une impression qui a été extrêmement utile. Et moi en général, pour l'usage extérieur, je dis toujours que ça a été une énorme mobilisation ».

B - Une participation en droit

Le résultat de la mobilisation au Brésil est, sans nul doute, l'inclusion dans le Statut de l'Enfant et de l'adolescent de la participation formelle d'organismes issus de la société civile. De ce point de vue, le livre II du statut innove par rapport à la législation antérieure.

L'article 88 du statut fait écho aux principes constitutionnels cités en intégrant à la politique de protection des droits de l'enfant et de l'adolescent deux obligations : la création de

⁴⁰⁷ E. Seda, « Evolucion del derecho brasileño del niño y del adolescente » in García Méndez (1992), p. 125.

⁴⁰⁸ E. Seda, « Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil » in García Méndez (1998), p. 118.

⁴⁰⁹ M. Livia de Tomasi, *En quête d'identité : les luttes pour la défense des droits de l'enfant et de l'adolescent au Brésil et la question de la participation*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Yves Goussault, Sociologie, Paris, Université Paris I, IEDES, 1997, p. 360.

« conseils municipaux, étatiques et nationaux des droits de l'enfant et de l'adolescent⁴¹⁰ » qui doivent assurer, entre autres, la participation populaire⁴¹¹ et la mobilisation de l'opinion publique en vue d'une indispensable participation des différents échelons de la société⁴¹² pour la promotion des droits de l'enfant.

La municipalisation de ces conseils permet au public de participer à la politique de renforcement des droits de l'enfant et lui donne un certain contrôle sur l'usage des ressources publiques et sur la qualité des services rendus. Les communautés représentées à l'intérieur de ces conseils deviennent ainsi responsables de l'organisation de politiques publiques afin que les services fonctionnent dans le sens des droits inscrits dans le statut.

Antonio do Amaral e Silva, magistrat à la Cour suprême de l'Etat méridional de Santa Catarina, précise que « la population brésilienne qui s'était mobilisée lors de la gestation des textes a suivi leur mise en oeuvre. A l'échelon municipal, des conseils des droits de l'enfant ont vu le jour. Des représentants élus de la société civile y participent à parité avec les délégués municipaux. Une vraie démocratie participative se met en place. La dynamique est impressionnante »⁴¹³.

Au niveau fédéral, la loi n° 8242 du 12 octobre 1991 a créé le conseil national pour les droits de l'enfant et de l'adolescent (CONANDA). Parmi ses différentes attributions, le Conseil doit élaborer les normes générales afin de promouvoir et de protéger les droits des enfants, assister les politiques et les performances des conseils étatiques et municipaux et orienter l'élaboration des propositions du budget du gouvernement fédéral

En outre, des conseils de tutelle sont prévus. Ils sont « permanents et autonomes, non juridictionnels, chargés par la société de veiller au respect des droits de l'enfant et de l'adolescent⁴¹⁴ ». Ils doivent recevoir les enfants dont les droits ont été violés ou menacés (ce qui était effectué par le juge avant l'entrée en vigueur du statut).

⁴¹⁰ Ces organismes paritaires composés à 50% de représentants du gouvernement et à 50 % du secteur non gouvernemental ont la capacité de prendre des décisions, outre leur faculté consultative. Pour García Méndez, il s'agit de l'aspect le plus innovateur du Statut brésilien. C'est la consécration de l'articulation des efforts de l'Etat et de la société civile in García Méndez (1997) p. 109.

⁴¹¹ Article. 88-2.

⁴¹² Article 88-6.

⁴¹³ Y. Hardí, « Paradoxes Brésiliens », *Le Monde Diplomatique*, janvier 1999.

⁴¹⁴ Article 131.

Présent dans chaque municipalité, chaque conseil de tutelle est composé de cinq membres élus par les citoyens locaux⁴¹⁵. Il dispose de pouvoirs très larges, de protection, d'assistance, de dénonciation et de contrôle⁴¹⁶. Il revient par exemple aux conseils de tutelle d'accueillir les enfants lorsque ses droits sont menacés ou violés par action ou omission de la société ou de l'Etat, par absence, omission ou abus des parents ou responsables ou en raison de leur conduite. Dans ces cas, ils doivent faire appliquer les mesures prévues par la loi. Il doit aussi « veiller à la mise en exécution de ses décisions, pouvant pour ce faire (...) se présenter auprès de l'autorité judiciaire dans les cas de non-accomplissement injustifié de ses délibérations. »

En cas d'infraction administrative ou pénale contre les droits de l'enfant ou de l'adolescent, il doit en informer le Ministère public.

Section 2. - Un Statut modèle

Le 14 octobre 1990, le Statut de l'enfant et de l'adolescent adopté par le Congrès national et sanctionné par le Président de la République par la loi fédérale 8069 du 13 juillet entre en vigueur. Ce code déroge à l'ancien système législatif d'inspiration tutélaire. Pour la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le Statut brésilien est « l'une des lois les plus avancées au monde en matière de protection de l'enfance⁴¹⁷ » en raison de la prise en compte des droits de l'enfant de manière holistique : droits spirituels, sociaux, physiques, intellectuels, émotionnels...

⁴¹⁵ Article 132.

⁴¹⁶ Article 136.

⁴¹⁷ OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, 29 septembre 1997, Original : Portugais, « Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil », Commission des droits de l'homme, OEA 1997 (Chapitre 5).

§ 1. - Structure du statut

Le statut brésilien est considéré comme exemplaire, car il fait le détail exhaustif des droits dont bénéficie l'enfant brésilien ainsi que des mesures les garantissant. Il consacre le triomphe de la norme écrite comme instrument privilégié de la légalité.

A - Exemple d'intégration

L'enfant et l'adolescent, dans le statut, sont présentés comme des « personnes humaines en phase de développement et de citoyens dont les droits civils, humains et sociaux sont garantis par la Constitution et les lois ». La notion de « personne en développement » est reprise dans les articles 15, 32 et 71 du statut. Le texte est divisé en deux parties : le livre 1 traite des droits de l'enfant et le livre 2 prévoit les mécanismes pour qu'ils puissent s'appliquer.

Le livre I du statut du Brésil se compose de trois titres. Le premier comprend des remarques préliminaires⁴¹⁸, le deuxième⁴¹⁹ décrit les « droits fondamentaux », et le troisième⁴²⁰ est intitulé « de la prévention ». L'intitulé des chapitres qui composent ces titres montre que le Statut a été pensé comme une véritable Charte de protection des droits de l'enfant.

Le titre 2 du livre I garantit le droit à la vie et à la santé (chapitre 1), le droit à la liberté, au respect et à la dignité (chapitre 2), le droit à la convivialité familiale et communautaire (chapitre 3). Ce chapitre comprend des dispositions relatives à la famille naturelle et à la famille remplaçante (garde, tutelle et adoption). Le chapitre 4 garantit le droit à l'éducation, à la culture, au sport et au loisir et le chapitre 5 le droit à la formation professionnelle et à la protection dans le travail.

Le titre 3 « de la prévention » traite de la « prévention spéciale », « de l'information, de la culture, des loisirs, des sports, des divertissements et des spectacles », « des produits et des services », « de l'autorisation de voyager ». La mise en application effective des droits à la vie, à la santé, à l'alimentation, à l'éducation, au sport, au loisir, à la formation

⁴¹⁸ Article 1 à 6.

⁴¹⁹ Articles 7 à 69.

⁴²⁰ Articles 70 à 85.

professionnelle, à la culture, à la dignité, au respect, à la liberté et à la convivialité familiale et communautaire doit être assurée « de manière absolument prioritaire⁴²¹ ». Les articles détaillent ces droits afin de les rendre clairs, précis, explicites et aisément exigibles. Le flou juridique est balayé. Le droit à la vie et le droit à la santé l'illustrent. En effet, l'article 7 du statut détaille ces deux droits. Ils impliquent, entre autres, « des soins spécialisés à l'enfant et à l'adolescent handicapé », « la fourniture gratuite de médicaments et des prothèses, le suivi de la femme enceinte « à tous les stades de la grossesse⁴²² », « l'offre d'une assistance alimentaire à la femme enceinte et à la femme qui allaite » ainsi que « la vaccination des enfants, obligatoires dans tous les cas recommandés par les autorités sanitaires⁴²³. ».

Concernant, le droit à l'éducation, l'article 53 du statut du Brésil assure « l'accès à l'école publique et gratuite la plus proche de la résidence » et précise le « droit d'être respecté par les éducateurs », « le droit de contester les critères d'évaluation » ou le droit « des parents ou des responsables de se renseigner sur les méthodes pédagogiques et de participer à l'élaboration des programmes scolaires ».

L'article 54 énonce le droit aux « cours du soir réguliers adaptés aux conditions de vie de l'adolescent qui travaille. » L'article 58 défend le respect de la « liberté de création ».

Le degré de détail atteint par le Statut est une première pour une législation sur l'enfance. Rappelons qu'une des critiques des doctrinaires était précisément le flou des législations antérieures.

B - Consécration du principe de légalité

Le livre deuxième du statut de l'enfant et de l'adolescent du Brésil expose les mesures qui peuvent être prises à l'encontre d'un enfant ou d'un adolescent qui a commis une infraction et les garanties procédurales à respecter en cas d'accusation. Les activités et les pouvoirs du juge sont strictement définis afin d'éviter les abus et les violations de droit dans l'exercice de ses fonctions. Toutes les garanties d'un procès équitable sont assurées. Tout adolescent

⁴²¹ Article 4.

⁴²² Article 8.

⁴²³ Article 14.

soupçonné d'une d'infraction, même s'il est absent ou en fuite, fera l'objet d'un procès avec un défenseur. L'article 111 garantit à l'adolescent la défense technique d'un avocat. L'assistance judiciaire est gratuite et intégrale pour tous les indigents. Le droit d'être entendu personnellement par l'autorité compétente et le droit de solliciter la présence de ses parents ou du responsable à quelque phase que ce soit de la procédure est instauré.

En cas d'arrestation, l'adolescent a le droit de connaître l'identité des responsables de son arrestation et d'être informé de ses droits. De plus, l'autorité judiciaire, sa famille ou toute personne désignée par lui doit être informée. Dans ce cas, la possibilité d'une libération immédiate est aussitôt examinée. Tout adolescent privé de liberté peut rencontrer personnellement le représentant du Ministère public, adresser une requête directement à une autorité quelconque, s'entretenir tout seul avec son défenseur, être renseigné sur la marche de la procédure, chaque fois qu'il le souhaite et être traité avec respect et dignité⁴²⁴. Les mesures adoptées doivent « prendre en considération la capacité de l'adolescent à les accomplir, les circonstances et la gravité de l'infraction ⁴²⁵». Elles consistent par exemple à un avertissement, une remise aux parents ou aux responsables, à l'obligation de réparer les dommages, à l'inscription dans des établissements officiels d'enseignement de base et de fréquentation obligatoire ou à l'internement. Chaque sanction est ensuite décrite précisément. L'article 121, en opposition avec la législation antérieure, précise que « l'internement constitue une peine privative de liberté ». Il est sujet aux principes de brièveté, d'exception et de respect dus à la condition particulière de personne en développement. Il ne peut être appliqué que dans des cas spécifiques et seulement « en l'absence de toute autre sanction adéquate. » Elle doit avoir lieu dans des installations réservées exclusivement aux adolescents⁴²⁶. Le droit de l'enfant brésilien fait de la légalité la mesure absolue.

⁴²⁴ Article 124.

⁴²⁵ Article 112.

⁴²⁶ Article 123.

§ 2. - Des droits sanctionnés

Le Statut brésilien offre une place privilégiée à la famille. Avec l'Etat, conformément à la CIDE, elle est coresponsable des droits de l'enfant. La précision du modèle développe un système de sanctions précis en cas de non-respect des droits mentionnés.

Dans le statut du Brésil, bien qu'il revienne « à tous de veiller à la dignité de l'enfant et de l'adolescent, en le mettant à l'abri de tout traitement inhumain, violent, capable de l'effrayer, de l'humilier ou de le limiter (article 18) et « à chacun de prévenir les menaces ou les violations des droits de l'enfant ou de l'adolescent⁴²⁷. » L'article 4 cite les personnes responsables de la mise en application des droits garantis dans le livre I. Celle-ci incombe à la famille, à la communauté, à la société en général et aux pouvoirs publics.

Une des critiques couramment faites à la CIDE est l'absence de sanctions en cas de violation de ces dispositions. En réalité, la Convention s'en remet aux dispositions des Etats. Dans ce sens, le statut du Brésil, comme la LOPNA vénézuélienne,⁴²⁸ formule des dispositions efficaces⁴²⁹ à l'encontre des personnes qui enfreignent les dispositions contenues dans le code.

⁴²⁷ Article 70.

⁴²⁸ La LOPNA du Venezuela réserve également un chapitre aux infractions et à leurs sanctions dans son chapitre IX. La section 1 énonce des dispositions générales. La compétence est de la juridiction pénale ou du tribunal de protection de l'enfant et de l'adolescent. Le fait que la victime soit un enfant ou un adolescent constitue une circonstance aggravante. Les sanctions les plus sévères seront toujours appliquées. La section 2 précise les infractions punies d'amendes. Elle établit une liste et prononce pour chaque cas la sanction correspondante. Parmi les différentes infractions, sont indiquées les violations de droits et garanties dans les institutions, les violations du droit à donner son opinion au cours de procédures administratives ou judiciaires, la violation de l'obligation alimentaire, la violation du droit à être inscrit et à obtenir des documents d'identité, la violation du droit à l'éducation, le transport illégal d'un enfant ou d'un adolescent, le profit tiré du travail d'un enfant, le non accomplissement des accords conciliatoires devant le défenseur de l'enfant et de l'adolescent, l'abandon ou la mauvaise foi dans un processus judiciaire (pour un avocat l'amende peut être aggravée avec une suspension d'activité) ou l'abstention des membres du Conseil de protection de l'enfant et de l'Adolescent. La section 3 informe sur le régime de ces amendes (calcul, destination : fonds de protection de l'enfant et de l'adolescent de la municipalité, forme de paiement,...). La section 4 traite des sanctions pénales. Des peines de prison peuvent être prononcées dans certains cas : la torture, de traitement cruel, de travail forcé, l'admission ou profit tiré d'un travail contre indiqué, l'exploitation sexuelle, l'approvisionnement en armes, munitions, explosifs ou substances nocives, le trafic d'enfant ou d'adolescent, la privation illégitime de liberté, l'omission d'attention et de dénonce. Afin de consolider ce système, le chapitre dix prévoit une « action en protection » qui dépend du tribunal de protection de l'enfant et de l'adolescent. C'est « un recours judiciaire contre les faits, les actes, ou les omissions de particuliers, d'organes, et d'institutions publiques ou privées qui menacent ou violent des droits collectifs ou diffus de l'enfant ou de l'adolescent. Elle a comme finalité la cessation par le tribunal de la menace ou la restitution du droit. Le ministère public, les conseils de droits et certaines organisations sont autorisés à présenter l'action.

⁴²⁹ Ce système de sanction reste exceptionnel. A titre d'exemple, le code du Paraguay et celui de Pérou ne prévoient pas de mécanismes de sanction. Le code du Honduras en prévoit quelques-uns. Par exemple, l'article 96 interdit la vente le don ou la remise à un enfant d'armes, d'explosifs ou de matériel pornographique. Le non-

Par exemple, « si (...) le responsable de l'établissement dispensant des soins aux femmes enceintes ne tient pas de registre des activités pratiquées (...) », l'article 228 prescrit comme peine une « détention de six mois à deux ans. ». Le même souci de détail sur les sanctions encourues continue d'inspirer le législateur brésilien.

En outre, tous les cas de crimes et d'infractions administratives sont prévus et détaillés ainsi que les peines y correspondant. Ces dispositions doivent permettre de répondre aux nécessités de justice face aux abus commis à l'encontre des enfants et des adolescents.

Par exemple, priver un enfant ou un adolescent de sa liberté, l'appréhender sans qu'il se trouve en flagrant délit d'infraction où sans qu'il existe d'ordre écrit de l'autorité judiciaire compétente peut être puni d'une détention de six mois à deux ans. En outre, toute personne qui soumet des enfants ou adolescents placés sous son autorité, sous sa garde ou surveillance, à la torture est puni d'une peine de réclusion d'un à cinq ans, s'il en résulte des lésions corporelles graves, réclusion de deux à huit ans, s'il en résulte des lésions corporelles très graves, réclusion de quatre à douze ans, si la mort en résulte : réclusion de quinze à trente ans. Il en est de même pour les infractions administratives. L'article 245 précise en effet que si le médecin, l'enseignant ou le responsable d'établissement dispensant des soins ou un enseignement fondamental, de maternelle ou de crèche, ne communique pas à l'autorité compétente les cas dont il a connaissance concernant des suppositions ou confirmations de mauvais traitements envers l'enfant ou l'adolescent il est passible d'une amende de trois à vingt salaires de référence.

L'Etat assiste le pouvoir exécutif local dans l'élaboration de la proposition budgétaire destinée aux plans et programmes d'assistance des droits de l'enfant et de l'adolescent et requiert, si nécessaire, des certificats de naissance et de décès de l'enfant ou de l'adolescent. Pour chaque institution chargée de faire respecter les droits de l'enfant, des ressources budgétaires sont prévues : pour l'équipe interprofessionnelle qui doit assister la Justice de l'Enfance et de la Jeunesse, pour les conseils nationaux, étatiques et municipaux, et pour le fonctionnement des conseils de tutelle.

En terme de protection et de promotion des droits de l'enfant, il est, aujourd'hui difficile de faire mieux que le Statut brésilien. La faiblesse n'est pas à rechercher dans la qualité du texte, mais dans son application.

respect de ces dispositions sera sanctionné d'une amende, sans porter préjudice aux autres sanctions civiles, administratives et pénales qui seraient applicables. Le code du Mexique consacre un chapitre aux sanctions (articles 52, 53, 54 et 55) sans toutefois les détailler.

Section 3. - Premières critiques

De nombreux experts de la question des droits de l'enfant (Seda, García Méndez, Mary Beloff...) s'accordent pour reconnaître l'exceptionnelle intégration de la CIDE au Brésil, montrant ce pays comme l'exemple de ce qu'il faut faire en matière de droit de l'enfance. Les louanges concernant le statut de l'enfant brésilien contrastent avec la réalité. Erigé en paradigme⁴³⁰ en raison de son élaboration participative et de son contenu fidèle à la CIDE, il est de plus en plus décrié en raison de son contraste avec la réalité des conditions de vie de l'enfance pauvre au Brésil.

§ 1. - L'application du Statut

Lorsque la loi est parfaite, les critiques l'attendent au tournant de son application. D'une manière schématique, le Statut brésilien, comme la CIDE, fait l'unanimité sur son contenu. En revanche, les difficultés de son application au regard de la condition des enfants au Brésil font l'objet d'âpres controverses.

A - Le non-droit des enfants au Brésil

En 2004, le rapport que le Brésil a fourni au Comité des droits de l'enfant en application de l'article 45 de la CIDE met en évidence le bouleversement législatif opéré. Cet effort a été largement salué par le comité⁴³¹ dans ses considérations, malgré les dix ans de retard de l'Etat brésilien pour la présentation du rapport. Les observations, selon un schéma traditionnel, se composent de deux parties ; l'une sur les aspects positifs et l'autre sur les sujets de préoccupation. De manière résumée, le rapport du Comité met l'accent sur la qualité juridique

⁴³⁰ « D'une perspective latino-américaine et d'une situation d'insatisfaction avec les politiques publiques édictées d'en haut par des groupes d'experts, le cas brésilien offre un paradigme pour comprendre les problèmes de l'enfance et de l'adolescence » in García Méndez (1997), p. 111.

⁴³¹ UNICEF, OHCHR (2004), p. 98 à 99.

des droits de l'enfant au Brésil et montre sa préoccupation sur l'effectivité des droits reconnus⁴³² tant par la Constitution de 1988 que par le nouveau statut des enfants et des adolescents. Le Comité formule la même remarque concernant le plan d'action en faveur des enfants 2004/2007 en soulignant son adéquation au document de l'Assemblée Générale de la session spéciale 2002 intitulée « Un monde fait pour les enfants ». En revanche, une des formulations les plus éclairantes issues du rapport du Comité met en évidence l'absence de corrélation entre la loi et son application : « Le Comité note que le droit à la vie, et au développement est intégré dans la législation locale, il demeure extrêmement préoccupé par le nombre d'enfants assassinés⁴³³ (...). Ou bien encore : « Le Comité est profondément préoccupé par le fossé existant entre la loi et son application vu le nombre important de cas de torture »⁴³⁴.

Déjà, en 1997, Juan Miguel Petit⁴³⁵, chargé d'une mission spéciale au Brésil sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et l'utilisation des enfants pour la pornographie soulignait sans équivoque « la non-application du Statut de l'enfant et de l'adolescent ». Cette conclusion est reprise par le Comité des droits de l'enfant⁴³⁶ qui dans le compte rendu de sa trente septième session fait état du rapport de l'ANED une des ONG ayant fait parvenir un rapport complémentaire. « Dans le secteur de l'éducation, seuls 10,29 % des enfants ayant terminé leurs études sont en mesure de lire correctement (...) 27 % des élèves de quatrième année travaillent (...) Le rapport fait en outre état de la surpopulation des centres de détention pour jeunes délinquants (...). Pour finir, le rapport révèle le taux de violence parmi les enfants et les adolescents au Brésil, sur la base des renseignements émanant de la Commission

⁴³² « Le comité recommande que l'Etat partie (le Brésil) s'assure de la totale application de la législation, en particulier du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent », UNICEF, OHCHR (2004), p. 100. paragraphe 14.

⁴³³ UNICEF, OHCHR (2004), p. 104. paragraphe 34. Sur les enfants assassinés, lire H. Sudbrack, *L'extermination des enfants de la rue au Brésil*: Etude de politique criminelle, Thèse de Doctorat, Droit Pénal, sous la direction de M. Delmas Marty, Université de Paris 1, 2000 en particulier le chapitre 1 (deuxième partie) Le conflit entre théorie et pratique dans le système criminel brésilien. L'auteur conclut : « Les droits de l'homme risquent d'être affaiblis au moment où ils sont institutionnalisés juridiquement s'il n'existe pas un système de contrôle » p. 440.

⁴³⁴ UNICEF, OHCHR (2004), p. 106. Paragraphe 40.

⁴³⁵ Comisión De Derechos Humanos, 60° período de sesiones, Tema 13 del programa provisional, *Los Derechos Del Niño*, Rapport présenté par J. M. Petit, Relator Especial del Secretario General sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

⁴³⁶ Comité des droits de l'enfant, 37ème session (Genève, 13 septembre au 1er octobre 2004) (en ligne) <http://www.ishr.ch/About%20UN/Reports%20and%20Analysis/French/TB/CDE/CDE-37thSession.pdf>

parlementaire d'enquête de la Chambre fédérale. De 1988 à 1990, indique-t-il, 4661 personnes âgées de moins de 17 ans ont été tuées, soit environ quatre meurtres par jour. Dans la décennie qui a suivi le nombre de meurtres de jeunes a augmenté de 77 % selon une étude de l'UNESCO⁴³⁷.

Sur un autre registre, la dureté de la situation des enfants au Brésil est sans cesse dénoncée non seulement par les organismes spécialisés, mais aussi par la filmographie brésilienne⁴³⁸, à tel point que l'on a pu évoquer concernant les enfants des rues un Etat de non-droit⁴³⁹.

B - Application difficile

L'application du Statut permet certainement un nouveau type de relation entre les acteurs chargés de l'enfance. Jean François Deluchey, spécialiste en sciences politiques, l'illustre par son travail de recherche dans l'Etat du Para. Il parle du corpus législatif brésilien sur l'enfance comme de lois parfaites « censées protéger l'enfant et l'adolescent au Brésil ⁴⁴⁰ ». Dans l'exemple étudié, l'auteur montre l'action du ministère public contre la mairie de Paragominas dans l'Etat du Para, pour dénoncer les conditions de travail de trente enfants et vingt-deux adolescents dans des petites entreprises liées au commerce du bois. Devant la complexité de la situation et son caractère illégal au regard du Statut, le ministère public entre dans une phase de négociation avec la mairie pour pouvoir trouver une solution qui satisfasse les trois acteurs concernés. C'est la voie de la transaction qui a été choisie au détriment de la confrontation pourtant autorisée par le Statut dans ce type de cas. Le résultat des discussions, sur le travail des enfants, a abouti à des engagements concrets de la mairie : recensement des enfants et programme d'assistance sociale et économique aux familles qui travaillent dans les charbonneries, création d'un abri provisoire, création d'une école. En échange, le Ministère

⁴³⁷ J. Waisenfisz, *Map of Violence 3* (Synthesis), UNESCO Brazil, février 2002.

⁴³⁸ Sur la filmographie mettant en scène des enfants voir : *Pixote, la loi du plus faible* (1980) de H. Banbenco, *Central do Brasil* (1998) de W; Salles. *La Cité de Dieu* (2002) de F. Mireilles tiré du roman de Paulo Lins se fonde sur des faits réels.

⁴³⁹ I. Potel, « Au Brésil, une enfance d'enfer », *Libération*, 3 août 2005.

⁴⁴⁰ J.F Deluchey, « Entre le Droit, la Loi et l'Ordre : les jeunes dans un étai? L'exemple de l'Etat du Para (Brésil) Jeunesses Marginalisées », *La revue du Grejem*, n°1, 2001.

public s'est engagé à abandonner les poursuites. Deluchey reste réservé sur le bilan d'une telle négociation : « le bilan (...) est mitigé, mais, même s'il reste limité, il paraît avoir contribué à une amélioration substantielle et rapide de la situation de l'enfance et de l'adolescence dans ce municiple ⁴⁴¹ ». Enfin d'une manière générale, Deluchey concluait dans le même article écrit en 2001, que « le statut de 'super citoyen' de l'enfant reste encore théorique, et la situation d'une grande partie de la jeunesse (...) reste très critique, sinon catastrophique ». Il en est de même pour la situation des familles auxquelles le statut attribue un rôle important pour la protection de l'enfant. Le texte consacre tout un chapitre sur le droit à la vie familiale et communautaire. L'article 19 du statut dispose que « l'enfant et l'adolescent ont le droit d'être élevés et éduqués au sein de leur famille... » L'article 23 précise le droit de ne pas être séparé de ses parents afin d'éviter les abus de l'ancien système qui avait assimilé les enfants pauvres aux enfants en conflit avec la loi⁴⁴². Toutefois, l'affirmation réitérée de l'enfant comme sujet de droit est paradoxale, car nombre d'entre eux proviennent de familles populaires dénuées de droits. « Si la loi innove sur le plan de la conception de l'enfant, cette innovation ne s'étend pas à la famille, au contraire » dénonce l'anthropologue Andréa Lamas⁴⁴³. Sa thèse montre que la famille populaire brésilienne est incapable de fournir à ses enfants les droits promis par le Statut. La famille risque donc, selon les dispositions du Statut, d'être qualifiée de « négligente ». Cela favorise l'intervention de l'Etat dont l'objectif devient alors la « disciplinarisation des familles ». On parlera de paternalisme d'Etat. L'Etat agit en lieu et place des parents (*in loco parentis*). Les droits de l'enfant entraînent avec eux un contrôle renforcé de l'Etat sur la famille, en particulier dans le domaine de la santé et de l'éducation. L'indéniable dynamique innovatrice ne garantit donc pas, cependant, un meilleur statut de l'enfant et en particulier de l'enfant pauvre. La commission interaméricaine de justice évoque, à son tour, « l'extrême gravité » de la situation de l'enfant au Brésil. Les remarquables progrès juridiques « n'apparaissent pas reflétés de manière effective dans la situation réelle des mineurs qui continuent d'être l'objet de différentes formes de violence et en particulier

⁴⁴¹ Dans le même sens, en 1997, Maria Livia de Tomasi (1997) écrivait sur les conseils de droits des enfants et adolescents à Recife : « l'évaluation du travail exercé par les conseils est, en général, assez négative »

⁴⁴² L'article 23 stipule que « l'absence ou l'insuffisance de ressources matérielles, ne constituent pas un motif suffisant de retrait ou de suspension de l'autorité parentale. En l'absence de tout autre motif qui puisse autoriser une telle mesure, l'enfant ou l'adolescent sera maintenu dans sa famille d'origine... »

⁴⁴³ A.D. Lamas Cardarello, « Du mineur à l'enfant citoyen : droits des enfants et droits des familles au Brésil », *Lien social et politique*, RIAC, 44 Automne 2000, p. 155 à 166.

d'exécutions sommaires⁴⁴⁴ ». Le rapport de la CIDH date de 1997. L'expert brésilien Guillermo Assis de Almeida du Centre d'Etudes sur la violence de San Pablo, signalait sept ans plus tard, l'augmentation des crimes tant perpétrés par des mineurs que ceux contre des mineurs⁴⁴⁵.

Le statut brésilien reflète l'enjeu que pose la CIDE. A quoi sert-il s'il n'est pas appliqué ? Les promoteurs des droits de l'enfant continuent de faire la sourde oreille à ce type de critiques. Forçons sur la loi, disent-ils, et les faits finiront par plier. C'est en réalité le contraire qui se profile. La CIDE peine à unifier sous de mêmes droits des enfances multiples aux contextes sociaux et familiaux variés.

§ 2. - Un « espoir de papier »

Le cas du Brésil met en évidence d'abord l'importante mobilisation sociale autour du texte de la CIDE, puis l'effort législatif des gouvernements brésiliens, effort qualifié de modèle par les théoriciens latino-américains des droits des enfants. Enfin et en troisième lieu, le Comité s'étonne des abus répétés et des violations flagrantes aux droits des enfants au Brésil.

Le défi actuel de véritable application du statut dépend de l'attitude des autorités brésiliennes. Transformer ces « espoirs de papier⁴⁴⁶ » en réalité reste pour l'instant un vœu pieux même si, souligne Deluchey, le Brésil est l'un des premiers pays à avoir ratifié la Convention de l'OIT contre les pires formes de travail. Cet empressement formel à montrer un visage juridique d'avant-garde sur la question de l'enfance brésilienne coïncide avec l'ouverture économique du pays. L'accès aux marchés occidentaux, rigoureux quant à la situation des enfants travailleurs, pèse parfois plus lourd que la préoccupation continue et concrète pour le mieux-être de l'enfance. La CIDE est alors la couverture minimum exigée pour s'ouvrir au commerce mondial (voir chapitre précédent).

⁴⁴⁴ Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Brésil*, OEA/Ser.L/V/II.97, 1997.

⁴⁴⁵ M. Vassalo, « Jovenes victimas de violencia », *Le Monde Diplomatique*, édition Argentine, Buenos Aires, mars 2005, p.32 à 33.

⁴⁴⁶ L'expression est de Deluchey (2001).

Exceptionnel concernant la qualité des normes juridiques concernant la protection de l'enfant, le Statut brésilien, plus que toute autre loi latino-américaine pose à nouveau la question cruciale de l'effectivité de la protection. En approfondissant les énoncés du Statut, il ne peut être fait abstraction de la situation réelle de l'enfance au Brésil. En d'autres termes, la qualité législative du Statut pourra-t-elle résister au temps si sa mise en place n'est pas le principal moteur dans la réduction de l'antagonisme entre les faits et le droit ? Il serait sans doute erroné et certainement prématuré de parler aujourd'hui d'échec de la législation brésilienne pour l'enfance. Mais les immenses difficultés d'application du Statut ouvrent le débat sur les raisons de cette lenteur. La société brésilienne est-elle prête à l'appliquer ? Par où doit-elle commencer ? Nous reprendrons le débat lors de l'étude critique de la CIDE.

L'exemple du Statut de l'Enfant et de l'Adolescent au Brésil est montré comme l'avènement de la doctrine de la protection intégrale. Elle a connu une reconnaissance sans précédent et structure, en Amérique latine, la réflexion autour des droits de l'enfant. La CIDE inspire le statut brésilien et est le socle de la doctrine. Elle prend également en compte les conventions postérieures : L'ensemble de règles minimums des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing, 1990), les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Ryad, 1990) et les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (1990) et Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (2000).

Que le Statut ne s'applique pas encore au Brésil n'est pas pour ses promoteurs un argument suffisant pour invalider sa légitimité. Pour eux⁴⁴⁷, le texte brésilien contribue à la création d'une éthique pour le vingt et unième siècle. Le statut a constitué ou au moins renforcé des acteurs nouveaux par une reconnaissance légale. L'effectivité des normes leur incombe. Le manque de moyen des acteurs nouveaux et le manque de volonté effective de l'Etat pour une application sérieuse du Statut est son principal handicap. Antérieur à la construction théorique des juristes latino-américains, le Statut est source d'inspiration pour la doctrine de la protection intégrale. Il annonce la reconnaissance des droits de l'enfant dans le système latino-américain de protection des droits de l'homme.

⁴⁴⁷ E. Seda in García Méndez (1998), p. 148.

TITRE 3. - NAISSANCE D'UN CORPUS JURIS DE L'ENFANT

Les besoins des enfants exprimés dans la Convention de Genève deviennent, avec la CIDE, des droits. L'enfant en est le sujet dépositaire. Il devient « sujet de droit » selon la doctrine. La CIDE énumère de nombreux droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux pour que la personnalité de l'enfant puisse se « développer harmonieusement ». Le droit à la vie⁴⁴⁸, le droit à un nom⁴⁴⁹, le droit d'exprimer librement son opinion⁴⁵⁰, le droit à la liberté d'expression⁴⁵¹, le droit de jouir du meilleur état de santé⁴⁵², le droit à l'éducation⁴⁵³, le droit au repos et aux loisirs⁴⁵⁴ apparaissent comme des droits créances dont chaque enfant est muni dès sa naissance. Il aurait le pouvoir d'exiger de les exiger à l'Etat. Cet ensemble de droits se concilie avec d'autres, plus traditionnels, soucieux de garantir aux enfants une meilleure protection et de meilleures garanties devant la loi. Le corps de règles, issu de la CIDE et des conventions qui ont suivi, a été, particulièrement en Amérique latine, réinterprété comme un tout logique, comme un système. C'est dans cet esprit que l'on peut parler de doctrine. Les

⁴⁴⁸ Article 6.

⁴⁴⁹ Article 7.

⁴⁵⁰ Article 12.

⁴⁵¹ Article 13.

⁴⁵² Article 24.

⁴⁵³ Article 28.

⁴⁵⁴ Article 31.

travaux de juristes tels que García Méndez⁴⁵⁵, Mary Beloff, Edson Seda, Miguel Cillero constituent une réflexion cohérente qui porte sur le nouveau droit des enfants issu de la CIDE. Il s'agit à la fois d'un enseignement qui, repris par d'autres juristes, par les tribunaux devient en lui-même source de droit. Cet enseignement a une portée pédagogique destinée à influencer le législateur et à promouvoir la CIDE. L'effort doctrinal a facilité la construction du *corpus juris* des droits de l'enfant.

⁴⁵⁵ Emilio García Méndez est le principal théoricien de la doctrine de la protection intégrale. Logiquement nous nous appuyerons sur ces travaux pour la décrire. Nous utiliserons l'expression « doctrinaires » pour désigner l'ensemble des auteurs qui ont contribué à l'élaboration de la doctrine.

SOUS-TITRE I. - UN NOUVEAU CADRE JURIDIQUE

Le texte de la Convention n'est pas rigoureux dans sa structure. Composé de trois parties et cinquante-quatre articles, il est introduit par un préambule qui s'inspire de la Déclaration de 1959. La première partie (article 1 à 41) est un catalogue de droits de l'enfant auxquels sont associés des obligations des Etats. Il est difficile d'extraire une logique dans la présentation des droits. La deuxième partie (article 42 à 45) met un place un timide système de contrôle et la troisième (article 46 à 54) se réfère à des dispositions traditionnelles d'application du droit des traités. Malgré des dispositions générales et parfois indéterminées comme celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, la CIDE s'est transformée en socle sur lequel tous les traités et accords ultérieurs reposent. C'est bien l'esprit de la Convention plus que la lettre qui marque une vision renouvelée sur l'enfance.

La doctrine de la protection intégrale a pour objet de promouvoir les principes définis par la CIDE : le principe d'égalité devant la loi, le respect de l'intérêt de l'enfant, le principe de non-discrimination... La doctrine marquera la limite entre l'inacceptable et le juridiquement correct avec pour critère principal la CIDE. Son champ d'action s'étend du domaine juridique au domaine politique et social. L'Etat et dans une moindre mesure la famille sont les acteurs en charge de la mise en œuvre des nouveaux principes. La communauté internationale par le biais du Comité des Droits de l'Enfant (CDE) en est l'arbitre.

CHAPITRE 1. - LA CONSECRATION DE NOUVEAUX PRINCIPES

Les principaux traits de la nouvelle doctrine sont : la responsabilisation des Etats, l'égalité juridique de tous les enfants vus comme sujets de droit, l'incorporation de principes constitutionnels jusqu'alors ignorés... L'enfant est considéré comme un être qui grandit, s'épanouit, et se développe. Le préambule de la CIDE fait référence à « l'épanouissement harmonieux de sa personnalité ». L'article 6 énonce « le droit au développement », autant de notions nouvelles qui n'apparaissaient pas dans les Déclarations antérieures. L'article 27 met l'accent sur le « développement physique, mental, spirituel, moral et social », et sur les « conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant ». L'article 29, fidèle aux termes du Préambule, traite de « l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques ».

L'enfant se développe. Il acquiert certaines capacités et un discernement. Il devient alors une personne à part entière, un véritable sujet et doit bénéficier de droits comme tout être humain. A partir d'un certain âge, il peut être considéré comme responsable de ces actes et soumis à un régime pénal. L'article 40 (al. 3) stipule que « les Etats parties s'efforcent (...) d'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés ne pas avoir la capacité d'enfreindre la loi ». A contrario, au-dessus de cet âge ils seront imputables. Cependant, si l'enfant se développe cela signifie aussi qu'il n'a pas son entière maturité physique et intellectuelle. Il aura donc besoin d'une protection spéciale, d'une attention particulière. Cette protection ne doit pas se fonder sur la violation de ces droits, mais sur leur reconnaissance.

Section 1. - Un principe recteur : l'intérêt supérieur de l'enfant

Pour le CDE, l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré dans l'article 3 de la CIDE est un principe recteur. Il doit primer devant les instances judiciaires en particulier et de manière plus générale guider toutes décisions concernant les enfants. L'application et la compréhension de ce principe ne sont pas aisés. Les auteurs latino-américains ont développé une pédagogie particulière afin de le rendre accessible.

§ 1. - Affirmation du principe

L'intérêt supérieur de l'enfant (ISE) défini par l'article 3 de la CIDE est repris dans l'article 18 relatif à la responsabilité des parents d'élever leurs enfants, dans l'article 27 relatif à la responsabilité d'assurer « (...) les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant » et dans l'article 21 de la CIDE relatif à l'adoption. Après la promulgation de la CIDE, certains codes latino-américains ont repris explicitement le principe de l'intérêt supérieur. Il est défini avec précision dans l'article 11 du code de l'enfance et de l'adolescence de l'Equateur. Son contenu et ses implications limitent la liberté d'interprétation « nuisible » aux enfants et aux adolescents⁴⁵⁶. Dans le même esprit, l'article 8 de la LOPNA du Venezuela affirme que l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe d'interprétation et d'application de l'ensemble de la loi. L'article 3 du code de l'enfance et de l'adolescence du Paraguay y fait également référence⁴⁵⁷. Avec moins de précision, le code du Pérou déclare le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sans toutefois en déterminer les répercussions⁴⁵⁸. Pour la doctrine, l'intérêt supérieur de l'enfant est un des éléments centraux du dispositif. Pour Cillero Bruñol, « il est possible d'affirmer que l'intérêt supérieur n'est, rien de plus, mais rien de moins, que la pleine satisfaction de ses droits⁴⁵⁹ ». Pour la CIDH, l'intérêt supérieur de l'enfant, est le point de référence pour assurer la réalisation de tous les droits inclus dans la Convention⁴⁶⁰. La Cour associe les « soins spéciaux » que doivent

⁴⁵⁶ Code de l'Equateur, article 11 « L'intérêt supérieur de l'enfant est un principe qui est orienté pour satisfaire l'exercice effectif de l'ensemble des droits des garçons, filles et adolescents ; et il impose à toutes les autorités administratives et judiciaires et aux institutions publiques et privées, le devoir d'ajuster leurs décisions et leurs actions à son accomplissement ».

⁴⁵⁷ L'article 3 affirme qu'il « sera dirigé afin d'assurer le développement intégral de l'enfant et de l'adolescent, tel que l'exercice et la jouissance entière de ses droits et garanties. Pour déterminer l'intérêt supérieur ou prédominant (prevaliente) seront respectés ses liens familiaux, son éducation, et ses origines ethniques, religieuses culturelles et linguistiques. Il sera aussi tenu compte de son opinion, de l'équilibre entre ses droits et ses devoirs, tel que sa condition de personne en développement ».

⁴⁵⁸ Titre préliminaire, Article 9 : « dans toutes les mesures concernant l'enfant et l'adolescent adoptées par l'Etat à travers les pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires, du ministère public, les gouvernements régionaux, les gouvernements locaux et leurs institutions supplémentaires, (...) est considéré le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'adolescent (...) ».

⁴⁵⁹ M. Cillero Bruñol, « El Interes superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño », in *Justicia y Derechos del niño* n°1, UNICEF, Santiago, 1999, p. 60.

⁴⁶⁰ CIDH, OC 17, parag. 59.

recevoir les enfants tel que le formule le préambule de la CIDE⁴⁶¹ à son intérêt supérieur. Mais c'est de la part du CDE que l'affirmation du principe est la plus marquée et la plus récurrente.

Pays	Observations du CDE⁴⁶²	Date
Argentine	L'ISE n'est pas pris pleinement en compte.	2002
Belize	L'ISE n'est pas suffisamment pris en compte.	1999
Bolivie	L'ISE est incorporé dans la législation interne, mais il n'est pas respecté dans la pratique	1998
Brésil	Le principe de l'ISE est intégré, mais pas systématiquement appliqué.	2004
Chili	L'ISE n'est pas pris en compte dans la législation...	2002
Cuba	L'Etat n'a pas pris suffisamment de mesures pour garantir L'ISE.	1997
Salvador	Le Comité recommande à l'Etat qu'il prenne systématiquement en compte l'ISE.	2004
Equateur	Le Comité est préoccupé, car l'ISE ne s'applique pas pleinement dans les politiques et programmes de l'Etat.	1998
Guatemala	L'ISE n'est pas suffisamment pris en compte dans la législation...	2001
Haïti	Le principe de l'ISE n'est pas pleinement reconnu et mis en oeuvre.	2003
Honduras	L'ISE est partiellement intégré dans la législation et n'est pas pleinement appliqué.	1999
Jamaïque	L'ISE n'est pas suffisamment reconnu et appliqué.	2003
Mexique	Le Comité demande à l'Etat d'intégrer l'ISE dans la constitution.	1999
Nicaragua	L'ISE est pris en compte dans la législation, mais n'est pas appliqué pratiquement.	1999
Paraguay	L'ISE n'est pas pris en compte dans la législation...	2001
Pérou	Le Comité prend en compte les efforts de l'Etat pour appliquer l'ISE mais estime qu'ils doivent s'intensifier.	2000
R Domin.	Le Comité recommande que l'Etat soit attentif à l'application de l'ISE.	2001
Surinam	L'ISE n'est pas suffisamment pris en compte dans la législation.	2000
Trinidad	L'ISE n'est pas suffisamment pris en compte dans la législation	1997
Uruguay	Le Comité est préoccupé pour l'insuffisance de mesures pour que l'ISE soit intégré dans la législation et appliqué en pratique.	1996
Venezuela	Le Comité est préoccupé, car l'ISE n'est ni intégré suffisamment, ni appliqué comme il convient.	1999

Dans ses observations finales, le CDE évoque presque systématiquement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un paragraphe réservé à l'étude de la législation en vigueur. Dans la majorité des cas, il souligne le fait que ce principe n'est pas « suffisamment pris en compte » (voir tableau ci-dessus).

Et lorsque le CDE estime que l'ISE est pris en compte dans les législations comme dans le cas du Brésil et de l'Equateur, il considère qu'il est insuffisamment appliqué. L'étude de l'ISE se fait donc en deux temps. D'abord, le CDE regarde si le principe est pris en compte dans la

⁴⁶¹ Préambule de la CIDE : « Ayant à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, «l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance »

⁴⁶² Tableau réalisé à partir de l'ouvrage. *Compilación de observaciones finales del Comité de los derechos del niño sobre países de América latina y el Caribe (1993-2004)*, UNICEF, OHCHR, Santiago, 2004. Les observations concernant le Paraguay, la Colombie et le Panama ne citent pas expressément le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

constitution, dans les lois, les décisions administratives et judiciaires, dans les programmes et politiques publiques, ensuite il observe si le principe est appliqué en se fondant tant sur les rapports des Etats parties que sur les rapports des institutions spécialisées.

En réalité si l'intérêt supérieur de l'enfant est toujours affirmé comme essentiel. Son champ d'application est plus controversé. Là est la discussion.

§ 2. - Une application malaisée

L'application de cette notion qui a été érigée en principe recteur de la CIDE est malaisée, car elle repose sur l'interprétation que fera un tiers de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par ailleurs, l'intérêt de l'enfant est également tributaire de la culture dans laquelle il est considéré⁴⁶³. Il existe une indétermination quant aux contours précis du concept. Julio Cortes Morales, responsable juridique de l'ONG chilienne Opción, le reconnaît en signalant que « l'intérêt supérieur de l'enfant présente de graves problèmes en vertu de l'indétermination de son contenu⁴⁶⁴ ».

De fait la naissance de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, tant dans les pays de Commun Law que dans la tradition française servait à protéger des intérêts autres que ceux des enfants⁴⁶⁵, ces derniers étant considérés comme la propriété des parents. Cela a permis de considérer que son inclusion dans la CIDE était un retour à la doctrine de la situation irrégulière caractérisée, entre autres, par l'omnipotence du juge des mineurs, apte à décider de l'intérêt supérieur. Il existe de plus une nuance entre le terme anglais « the best interest » et les termes français ou espagnol « l'intérêt supérieur ». De ce point de vue, l'étymologie anglo-saxonne semble rendre mieux compte de la notion, car elle suggère un faisceau d'intérêts duquel un intérêt particulier se dégage. Les termes français et espagnols sont plus forts et suggèrent que dans une situation donnée il existe un intérêt dominant. L'article 21 de

⁴⁶³ L'article 8 du Code équatorien stipule que « ce principe prévaut sur le principe de diversité ethnique et culturelle ».

⁴⁶⁴ J. Cortés Morales, « Acerca del principio del interés superior del niño », in *Infancia y derechos humanos: discurso, realidad y perspectivas*, Corporación Opción, Lom, Santiago, 2001, p. 79.

⁴⁶⁵ P. Alston, B. Gimour-Walsh (1997), p. 12 à 14.

la CIDE stipule que « l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière ». Le même article en anglais évoque « les meilleurs intérêts de l'enfant ».

La doctrine⁴⁶⁶ a défini l'ISE comme « l'ensemble de biens nécessaires pour le développement intégral et la protection de la personne et les biens d'un mineur donné et, entre eux celui qui convient le plus à une situation historique donnée, analysée concrètement, puisque l'on ne peut concevoir un intérêt du mineur purement abstrait (...) ». Cette définition complexe est également celle de la Cour suprême de justice de Buenos Aires qui la reprend presque systématiquement dans chaque arrêt concernant l'adoption⁴⁶⁷.

L'exemple de la considération de l'ISE par la Cour Suprême de Buenos Aires témoigne de la fragilité d'une notion pourtant considérée comme déterminante pour la résolution des cas. La loi argentine d'adoption est moins stricte en disposant⁴⁶⁸ « le juge ou le tribunal dans tous les cas devra évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant ».

En règle générale, la Cour insiste sur le droit de l'enfant à vivre avec sa famille biologique. L'arrêt⁴⁶⁹ « L. J. B » porte les initiales d'un mineur dont le cas a été porté devant le tribunal. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si le mineur L. pouvait être déclaré par le tribunal en situation d'abandon et donc être adoptable ou bien s'il fallait conserver le lien avec sa mère. Tant en première instance qu'en appel, les juges ont opté pour la première solution. L'argument principal pour motiver ces décisions était l'impossibilité pour la mère de jouer son rôle. Il était fondé en droit sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui, séparé de sa mère, allait voir son intégrité psychologique en souffrir. Pour les juges de la Cour Suprême qui ont cassé l'arrêt de la Cour d'appel, l'intérêt de l'enfant est, en l'espèce, de grandir aux côtés de sa mère. L'analyse de tels cas⁴⁷⁰ montre en réalité la difficulté d'interprétation du principe de l'intérêt supérieur extrêmement dépendant de l'entourage psychologique et social dans lequel évolue l'enfant. Le professeur Buitrago affirme qu'il « est inconcevable que l'intérêt du

⁴⁶⁶ S. Buitrago, *Convención sobre los derechos del niño: comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido*, Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas, Seminario de Investigación II, 1998 (en ligne) <http://www.salvador.edu.ar/buitrago.htm>

⁴⁶⁷ Cour suprême de justice de la province de Buenos Aires. Cause n° 63.120, 73.814, 78.446, 79.931. Les arrêts de la Cour de Buenos Aires sont consultables sur Internet. (en ligne) <http://www.scba.gov.ar/home.asp>.

⁴⁶⁸ Article 321 (i) de la Loi 24.779 de février 1997.

⁴⁶⁹ Cour suprême de justice de la province de Buenos Aires, cause n°76.548, 11 août 2000.

⁴⁷⁰ F. Burdeos, « El interés superior del niño y la adopción en la doctrina de la suprema corte de justicia de buenos aires » in *Niños, menores e infancias* n°3, Instituto de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Buenos Aires, 2002.

mineur soit purement abstrait quand, dans cette matière tout est empreint de provisoire. Ce qui aujourd'hui convient, demain peut ne pas convenir, et à l'inverse, ce qui aujourd'hui paraît opportun, demain peut ne pas l'être ». Les juges sont orientés dans leur décision par divers experts, qui, en vertu de l'interprétation de l'intérêt de l'enfant, acquièrent ainsi un pouvoir exorbitant en particulier dans les affaires familiales. L'intérêt de l'enfant en cache d'autres dont, en particulier, un intérêt accru de l'Etat sur l'enfant.

Il faut donc se livrer à une rhétorique précise pour ne pas faire de l'intérêt supérieur de l'enfant un « cheval de Troie⁴⁷¹ » dans les principes de la Convention. En effet, si, comme le soutient Bruñol, l'intérêt supérieur est la satisfaction des droits de l'enfant, il devient redondant. Il semble alors que l'intérêt supérieur doit être considéré plutôt comme un critère interprétatif destiné à prendre en compte en priorité les nécessités de l'enfant et également comme un critère participatif, c'est-à-dire que l'intérêt supérieur de l'enfant sera mieux sauvegardé si l'intéressé participe aux décisions le concernant. Il n'en demeure pas moins que l'intérêt de l'enfant crée une incertitude dans les normes. Une plus grande précision dans les dispositions de la Convention aurait rendu la notion d'intérêt supérieur inutile.

Section 2. - Autres principes

Les inventeurs de la doctrine de la protection intégrale ont extrait du texte des Nations Unies d'autres principes sans lesquels les droits des enfants ne peuvent être protégés. La mise en valeur de ces principes diffère légèrement selon les auteurs⁴⁷². Nous développerons le principe de non-discrimination dont l'objectif est d'orienter l'interprétation de la CIDE et le principe d'effectivité destiné à guider l'application de la Convention.

⁴⁷¹ Pour un débat sur l'intérêt supérieur de l'enfant: P. Alston, B. Gilmour-Walsh, « El interés superior del niño, hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales », *Internacional Chile development Center*, Florencia, UNICEF, 1997, p. 9.

⁴⁷² Par exemple, M. Cillero Bruñol dans son article « *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios* », in García Méndez (1997) ne cite pas le principe de l'égalité qui est, pour lui, sous-entendu dans le corps du texte. Le CDE, de son côté reconnaît quatre principes : la non-discrimination (article 2), l'ISE (article 3), le droit à la vie et au développement (article 6) et le droit à la libre expression (article 12). UNICEF, OHCHR (2004), p.9.

§ 1. - Le principe d'égalité devant la loi ou de non-discrimination

La législation ancienne discriminait les enfants. Avec la CIDE, le concept de mineur tel qu'il était compris disparaît. La Convention s'adresse à tous les enfants. Il ne peut y avoir de discrimination sauf dans un sens positif : celui d'un supplément de protection. C'est ainsi qu'a été compris ce principe dans des pays multiethniques.

A - La non-discrimination

Le principe de l'égalité devant la loi est vu d'une part comme le respect des principes généraux du droit pour les enfants et d'autre part comme une protection spéciale des enfants en raison de leur condition. Il est défini par l'article 2 de la CIDE. C'est un pilier autour duquel s'appuient de nombreux droits reconnus par le texte international.

Une loi fondée sur la doctrine de la protection intégrale implique nécessairement le principe d'égalité, de non-discrimination. Il doit s'appliquer autant dans les lois que dans le développement des politiques sociales qui, en aucun cas, ne doivent discriminer en fonction de la condition sociale, du sexe, de la religion ou de l'âge. Par extension, l'enfant ne doit pas non plus être discriminé par rapport à l'adulte ou en raison d'une caractéristique particulière de ses représentants légaux (parents, tuteurs...). L'article 2 précise expressément que « la condition sociale » ne doit pas être un facteur de discrimination. Ce principe est renforcé par une attention spéciale aux « enfants mentalement ou physiquement handicapés⁴⁷³ ». La non-discrimination est reconnue comme principe général dans les codes du Venezuela et de l'Equateur⁴⁷⁴. Elle est également renforcée par des dispositions particulières comme l'illustre l'article 55 du Code équatorien⁴⁷⁵. Allant plus loin dans le détail, l'article 8 du code du Nicaragua reconnaît aux enfants et aux adolescents qui appartiennent à des communautés

⁴⁷³ Article 23.

⁴⁷⁴ Article 3 de la loi du Venezuela ou article 6 du code de l'Equateur.

⁴⁷⁵ L'article 55 du code de l'Equateur stipule par exemple qu'« outre les droits et garanties générales que la loi assure en faveur des enfants, et des adolescents, ceux qui ont des handicaps ou des besoins spéciaux jouiront de droit nécessaires pour le développement intégral de sa personnalité (...) »

indigènes, groupes sociaux ethniques, religieux ou linguistiques ou d'origine indigène le droit de vivre et de se développer à travers les formes d'organisation sociale qui correspond à leurs traditions historiques et culturelles. L'Etat leur garantira les droits : à avoir leur propre vie culturelle, éducative, à professer et pratiquer leur propre religion, habitudes, à employer leur propre langue, et jouir des droits et garanties consacrés par ce code et les autres lois. Ils disposent en outre du droit de recevoir une éducation dans leur propre langue. A contrario, la CIDE et les instruments internationaux qui l'ont suivie peuvent être interprétés comme un exemple de discrimination positive comme le prévoient les codes péruvien⁴⁷⁶ ou mexicain⁴⁷⁷. Pour qu'il ne soit pas discriminé par rapport à l'adulte, l'enfant a besoin, selon la CIDE, d'une protection spéciale visant à renforcer sa moindre autonomie par des droits.

B - Protection spéciale et responsabilité pénale

Le droit à une protection spéciale, par exemple, est une conséquence du principe d'égalité. L'âge de la majorité pénale est fixé dans l'ensemble des pays latino-américains à dix-huit ans, à l'exception de la Bolivie. La question de la responsabilité pénale c'est dire l'âge à partir duquel les mineurs sont soumis à un droit pénal spécifique a été profondément modifiée par l'impact de la CIDE. La principale caractéristique est, en premier lieu, le développement d'un droit pénal spécifique, d'un régime juridique particulier, différent de celui des adultes. Il est applicable, dans la plupart des cas, aux enfants âgés de douze à dix-huit ans (à partir de treize ans au Nicaragua). Les enfants de moins de douze ans sont irresponsables pénalement. Dans certains cas, ils peuvent l'être civilement. La prison, considérée comme le dernier recours à adopter, peut s'appliquer pour les adolescents (entre douze et dix-huit ans). Dans tous les cas, l'intervention pénale doit impérativement respecter le principe de légalité.

Lorsqu'il sera confronté à la loi pénale, les garanties accordées aux adultes lui sont reconnues. L'article 37 de la CIDE énonce par exemple que « nul enfant ne sera soumis à la torture ni à

⁴⁷⁶ L'article 23 du code du Pérou affirme qu'« outre les droits consacrés par la CIDE et ceux de ce code, les enfants et les adolescents handicapés jouissent et exercent les droits inhérents à leur propre condition. L'Etat... et la société assurent l'égalité des opportunités pour accéder à des conditions en conformité avec leur situation (...) ».

⁴⁷⁷ L'article 30 du code du Mexique déclare que les enfants et les adolescents avec des handicaps physiques, intellectuels ou sensoriels ne pourront être discriminés sous aucun motif.

des peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants » et que « nul enfant ne sera privé de liberté de façon illégale ou arbitraire ». Le principe de la légalité est affirmé. De plus, il doit bénéficier d'une protection spéciale « qui tienne compte de son âge⁴⁷⁸ ». Doivent être alors mises en place des « autorités et des institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infractions à la loi pénale. »

Tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes. 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 d'une durée aussi brève que possible. L'article 37 garantit aussi « le droit de contester la légalité de leur privation de liberté et qu'une décision rapide soit prise en la matière ».

Des « 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 ». L'institutionnalisation ne doit donc plus être une pratique systématique. Outre les garanties reconnues par les constitutions, les enfants bénéficient de réelles garanties qui encadrent les pouvoirs du juge et des institutions à la charge de ces enfants. Les autorités ou instances judiciaires devront être « compétentes, indépendantes et impartiales ».

Plusieurs codes latino-américains ont repris ce principe. Ils font état de protections spéciales en cas de situations face aux situations problématiques de l'enfant. Ils leur offrent des garanties particulières. En cas de violation de ces garanties, des mesures d'aide peuvent être adoptées dans le respect des droits des enfants⁴⁷⁹. Pour Mary Beloff⁴⁸⁰, « les lois ont absolument transformé la condition des jeunes impliqués dans un délit dans le sens d'une reconnaissance de leur condition de sujet et de leurs droits ».

La CIDE reconnaît l'égalité devant la loi. Mais de par leur nature les enfants ont besoin de l'aide des adultes pour exercer leurs droits. Pour cette raison la loi doit leur donner un traitement différencié.

Qu'il s'agisse d'enfants « délinquants » ou enfants « victimes » l'Etat a un devoir général de protection. Il doit par exemple prendre des mesures pour « protéger les enfants contre l'usage

⁴⁷⁸ Article 40.

⁴⁷⁹ Exemples : article 82 du code du Nicaragua, titre III chapitre 3 de la loi du Venezuela, article 79 du code de l'Equateur.

⁴⁸⁰ M. Beloff, « Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en America Latina » in García Méndez (1998), p. 104.

illicite de stupéfiants et de substances psychotropes⁴⁸¹ » ou pour « protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle ou de violence sexuelle⁴⁸² » ou le protéger « contre toute autre forme d'exploitation préjudiciable à tout aspect de son bien-être⁴⁸³ ». La réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de tortures ou de tout autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou de conflit armé doit être assurée⁴⁸⁴.

§ 2. - Le principe d'effectivité

De par sa nature, la CIDE est pour les Etats signataires contraignante. C'est son originalité par rapport à la Déclaration de 1959. L'effectivité implique la jouissance réelle des droits énoncés par la CIDE. Le principe d'effectivité consacré par l'article 4 de la CIDE, est développé tout au long de la Convention. Les droits sont précisés. Le droit à la santé, issu de l'article 24 exige que soit prises des mesures pour combattre les maladies, la malnutrition... Le droit à l'éducation exposé dans les articles 28 et 29 de la CIDE, est détaillé : l'éducation primaire doit être obligatoire et gratuite, des mesures doivent être prises pour combattre l'analphabétisme.

Le principe d'effectivité ou de priorité absolue a été repris dans les nouveaux codes de l'enfance⁴⁸⁵. Il avait auparavant été affirmé sans ambiguïté par la CIDH⁴⁸⁶. Elle a en effet

⁴⁸¹ Article 33.

⁴⁸² Article 34.

⁴⁸³ Article 36.

⁴⁸⁴ On retrouve ce type de dispositions dans la législation vénézuélienne avec l'article 51 de la LOPNA inspiré des articles 60, 63 et 64 du Statut Brésilien. La LOPNA consacre un chapitre sur le « droit à la protection en matière de travail ». L'article 94 cite que « tous les enfants et les adolescents travailleurs ont le droit à être protégés par l'Etat, la famille et la société, spécialement contre l'exploitation économique et l'accomplissement de tout travail qui puissent nuire à son éducation, qui soit dangereuse ou nocive pour sa santé ou pour son développement intégral. »

⁴⁸⁵ La loi du Venezuela, le code de l'Equateur et le statut du Brésil formulent par exemple, des dispositions efficaces à l'encontre des personnes qui enfreignent les dispositions contenues dans ces codes.

⁴⁸⁶ Avis consultatif n°9/87 de la CIDH, 1987, paragraphe 24.

signalé qu'il « ne suffit pas qu'il soit prévu par la Constitution ou la loi, ou qu'il soit formellement admissible », mais qu'il doit être effectivement idoine pour établir s'il y a eu une violation des droits de l'homme et permettre d'y remédier. La priorité absolue et le corollaire de l'effectivité. Ce principe⁴⁸⁷ signifie que l'Etat doit « adopter des mesures jusqu'au maximum de ses ressources pour tendre à la protection intégrale. Si nécessaire il doit recourir à la coopération internationale⁴⁸⁸ ».

Les principes issus de la CIDE ne prétendent pas, en eux même, mettre en place un système sans faille. Leur ambition est de fournir un cadre à l'intérieur duquel doivent s'insérer les lois nationales. C'est le rôle de l'Etat d'adapter sa législation aux principes qu'il a lui-même établis en tant qu'acteur de droit international signataire de la CIDE. Condamner la CIDE en raison de son manque d'effectivité serait hâtif. Les droits reconnus par les Nations Unies dirigent plus qu'ils n'ordonnent. C'est la thèse de la philosophe Eléonor Lacroix qui montre « le style propre des droits de l'enfant » qui, plus sociaux que juridiques, proposent une « une normalité ouverte ». La Convention de New York, écrit Lacroix, « ne prétend pas être un aboutissement, elle n'est qu'une voie vers une certaine exigence à laquelle elle ordonne ses dispositions, se tenant prête à les retirer de la scène juridique, si d'aventure un autre texte était plus adapté, meilleur conducteur. C'est bien le triomphe de l'outil sur la structure, de la régulation sur l'ordre⁴⁸⁹ ». Telle est, en effet, la dynamique induite de la CIDE, plutôt subie que voulue, et des instruments qui la complètent. Ils jouent autant sur le sentiment d'obligation de respecter la norme internationale que sur l'inclusion de ces normes dans le droit interne. A partir du texte international se mettent en place des responsabilités et des obligations dont l'objectif est bien de rendre effectifs les droits consacrés.

487 Le concept est repris par exemple dans l'article 7 de la LOPNA vénézuélienne. Article 7 de la LOPNA: « l'Etat, la famille et la société doivent assurer, avec une priorité absolue, tous les droits et garanties des enfants et adolescents ».

488 Y. E. Buaiz Valera, « Las transformaciones institucionales para la protección integral de los niños », *Conférence* au 1er Congrès mondial sur les droits de l'enfance et de l'adolescence, Vénézuéla, novembre 2003, (en ligne) <http://www.redlamyc.info/Eventos/CONGRESO%20Infancia%202003/ponencias.htm>

489 E. Lacroix, *Les droits de l'enfant*, Ellipses, Paris, 2001, p. 38 à 43.

CHAPITRE 2. - L'ETAT, LE CDE ET LA FAMILLE

Afin de garantir d'une manière efficace les droits reconnus aux enfants, la charge de la responsabilité repose sur l'Etat et la famille. La famille joue un rôle important, et l'Etat une fonction primordiale. Le sujet principal de la CIDE n'est pas l'enfant, ni la famille, mais bien l'Etat. Sur les quarante-cinq articles des deux premières parties de la Convention, les « Etats parties » sont l'acteur de toutes les dispositions énoncées, sauf dans quatre articles⁴⁹⁰. La troisième partie de la Convention a traité des modalités de ratification et d'adhésion au traité. L'expression « Etats parties » est utilisée quatre-vingt-trois fois. Le mot famille est utilisé quatorze fois sans qu'il apparaisse clairement comme un acteur principal de la réalisation des droits de l'enfant. Il est en de même pour le mot « parents », cité trente-deux fois, mais là encore comme sujet « passif » à l'exception de l'article 27-2⁴⁹¹. Enfin, le mot « enfant » est cité cent cinquante-sept fois dont quarante et une fois au pluriel. De ces statistiques et d'une lecture littérale de la CIDE ressort que le respect des droits de l'enfant est surtout une affaire d'Etat plus qu'une affaire de famille.

Section 1. - Etat et communauté internationale

L'Etat, qui a ratifié la CIDE, s'oblige à respecter les droits de l'enfant. Son action dans ce domaine doit revêtir, comme nous l'avons signalé « une priorité absolue ». Elle s'exerce sous le contrôle du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. Il en ressort que le principal sujet au sens grammatical et au sens figuré de la Convention n'est pas l'enfant ni la famille, c'est l'Etat.

⁴⁹⁰ Article 1, 13, 16 et 30. Ces articles ne mentionnent pas l'expression « Etats parties » mais, ils la suggèrent.

⁴⁹¹ Article 27-2 « C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant ».

§ 1. - La fonction primordiale de l'Etat

La Convention est l'œuvre avant tout des Etats qui s'obligent à la respecter ainsi que les articles sur lesquels leur responsabilité est en jeu. C'est le cas par exemple lorsque les formules commencent par : « les Etats parties s'engagent (...), les Etats parties prennent toutes les mesures (...)»⁴⁹², les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant (...)»⁴⁹³, les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives (...)»⁴⁹⁴, les Etats parties respectent la responsabilité (...)»⁴⁹⁵, Les Etats parties veillent à mettre ses droits en œuvre (...)»⁴⁹⁶, les Etats parties s'engagent à soumettre au Comité (...)»⁴⁹⁷. L'Etat reste le sujet principal de droit international.

A - La CIDE oblige les Etats

L'Etat est le principal garant du respect de ces droits⁴⁹⁸. A cet effet, il doit prendre des « mesures appropriées ». Elles sont « législatives et administratives⁴⁹⁹ » ou autres à partir du moment où elles sont jugées nécessaires. Parmi les mesures à prendre, il doit élaborer une politique nationale en faveur des enfants, adopter des plans ou des programmes afin de rendre effectifs les principes de la Convention, et mettre en place des organismes chargés de leur application. Ils auront la responsabilité de la politique publique pour l'enfance et devront assurer aux enfants le respect de leurs droits. Les moyens financiers devront être prévus pour

⁴⁹² Article 2.

⁴⁹³ Article 3-2.

⁴⁹⁴ Article 4.

⁴⁹⁵ Article 5.

⁴⁹⁶ Article 7.

⁴⁹⁷ Article 44.

⁴⁹⁸ Art. 2 : « Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente convention et à les garantir (...) ».

⁴⁹⁹ Article 4 de la CIDE.

assurer leur fonctionnement afin de les rendre réalisables. En outre, des sanctions à l'encontre des personnes qui ne rempliraient pas les obligations imposées par les lois pourront être prises. Les rôles sont inversés. Ce n'est plus l'enfant qui est en situation irrégulière lorsque ces droits élémentaires ne sont pas respectés, mais celui qui n'a pas permis l'émergence et le respect de ses droits.

Le juge ne pallie plus les déficiences de L'Etat, les enfants « en situation irrégulière » lui échappent. Son rôle devra être cantonné aux problèmes strictement juridiques qu'il doit traiter non en bon père de famille, mais en professionnel, c'est-à-dire dans le respect des droits assurés aux enfants par la CIDE. Ce nouveau rôle s'oppose aux pouvoirs qu'il avait acquis sous l'emprise des législations issues de la doctrine de la situation irrégulière. Le juge n'est plus celui qui est chargé de veiller à la protection de l'enfant. L'Etat incarne à présent cette fonction.

La CIDE oblige l'Etat non seulement à respecter les droits énoncés, mais à tout mettre en œuvre pour qu'ils soient protégés. La seule limitation à ces obligations a trait aux droits sociaux, économiques et culturels que les Etats doivent promouvoir dans « les limites des ressources dont ils disposent⁵⁰⁰ ». Cet article est la seule référence dans la CIDE à ce groupe de droits. Il est probable que les rédacteurs n'aient pas souhaité en vertu du principe d'indivisibilité des droits de l'homme distinguer entre ces droits et les droits civils et politiques. Sur ce thème, il est clair que l'Etat est responsable de l'exercice de ces droits sans qu'il soit précisé, et là-dessus la CIDE ne prend pas parti, si les financements doivent être publics ou privés. En tout état de cause, la Convention ne se suffit pas à elle-même. Elle a besoin et réclame une harmonisation légale des législations des Etats parties. C'est sans doute une des plus importantes obligations de l'Etat que de traduire la CIDE dans son droit interne.

La CIDE ne prévoit aucune sanction internationale en cas de non-respect des obligations de l'Etat. C'est d'ailleurs cette omission volontaire qui a contribué à faire l'unanimité autour du texte. La seule sanction de la communauté internationale est surtout d'ordre moral. Elle est formulée par le Comité des droits de l'enfant (CDE) au cours de l'examen des rapports quinquennaux de chaque Etat sur l'application de la CIDE dans son territoire.

⁵⁰⁰ Article 4.

B - Les Etats s'obligent

En règle générale, les lois latino-américaines reprennent les dispositions de la CIDE qui mettent l'Etat et la famille au cœur des dispositifs de protection des droits. Les Etats ont « joué le jeu » de la CIDE en s'obligeant à respecter et à promouvoir les droits de l'enfant. La législation équatorienne montre à quel point le législateur a pris soin d'aller au-delà du texte international en matière d'obligations. Dans le code de l'Equateur, l'article 1 pose de manière générale le principe selon lequel l'Etat, la famille et la société doivent garantir la protection intégrale de tous les enfants et des adolescents qui vivent en Equateur. Le degré de précision de ce code est notable.

Le nouveau système de protection décentralisé est un mécanisme efficace pour parvenir aux objectifs du code. L'Etat, la famille et la société ont une responsabilité commune⁵⁰¹.

Trois niveaux d'organismes permettent une organisation ordonnée du système. En premier lieu sont établis des organismes de définition, de planification, de contrôle et d'évaluation des politiques : Conseil National de l'Enfance et de l'Adolescence et les Conseils cantonaux de l'Enfance et de l'Adolescence. En deuxième lieu sont prévus des organismes de protection de défense, et d'exigibilité des droits : c'est le cas des Assemblées cantonales de protection des droits et de l'Administration de justice spécialisées dans l'Enfance et l'Adolescence. Enfin, il existe des organismes complémentaires chargés de l'exécution des politiques, des plans, des programmes et des projets. Le système est complété par des entités publiques et privées d'attention au public. Un titre est ensuite consacré à chaque niveau définissant avec précision leurs obligations. Les moyens financiers sont prévus. Chaque municipalité doit prévoir les ressources financières nécessaires. Il peut en outre bénéficier d'autres sources de financement publiques ou privées. Le Fond National pour la protection de l'Enfance et de l'Adolescence a été mis en place⁵⁰². Il a pour but de financer les programmes et les projets d'attention à l'enfance et à l'adolescence et les études et les recherches sur l'enfance et l'adolescence.

⁵⁰¹ Article 190 : « Le système national de protection intégrale de l'enfance et de l'adolescence est un ensemble articulé et coordonné d'organismes, d'entités, et de services, publics et privés qui définissent, exécutent, contrôlent et évaluent les politiques, les plans et les programmes et les actions avec comme but de garantir la protection intégrale à l'enfance et à l'adolescence. Il définit les mesures, les procédures les sanctions et les ressources, dans tous les domaines, pour assurer l'exercice, l'exigibilité et la restitution des droits des enfants et des adolescents établis dans le code, dans la constitution politique et par les instruments juridiques internationaux ».

⁵⁰² Article 300.

Le code de l'enfant équatorien affirme que lors de la formulation et de l'exécution des politiques publiques et dans la prévision des ressources, il doit être accordé une priorité absolue à l'enfance et à l'adolescence. L'accès préférentiel aux services publics leur sera assuré et en cas de conflit, les droits des enfants prévalent sur les droits des autres.

L'article 193 précise le contenu des politiques publiques et des plans de protection intégrale. Ces derniers doivent répondre aux objectifs des politiques de protection intégrale des droits des enfants et des adolescents. Ils doivent respecter l'action coordonnée de toutes les entités responsables au niveau national et local de manière à optimiser les ressources et les efforts qui sont réalisés. L'Etat et la société formuleront et appliqueront des politiques publiques sociales et économiques et destineront des ressources économiques suffisantes, de manière stable, permanente et opportune⁵⁰³.

Le cas de l'Equateur n'est pas isolé. Par exemple, la loi du Venezuela affirme que la protection intégrale doit être garantie par « l'Etat, la société et la famille »⁵⁰⁴. Le code du Nicaragua désigne « la famille, la société, l'Etat et les institutions privées »⁵⁰⁵. Au Vénézuéla, l'article 7 de la LOPNA précise que la priorité absolue comprend une préférence et une attention spéciale aux enfants et aux adolescents dans la formulation et l'exécution de toutes les politiques publiques. Pour les thèmes en relation avec les droits et les garanties des enfants et des adolescents et pour les politiques et les programmes de protection intégrale, il doit y avoir une assignation privilégiée et préférentielle des ressources publiques dans le budget. Lors de l'accès aux services publics, les enfants et les adolescents doivent avoir la primauté. L'article 120 décrit en détail le contenu de ces politiques.

Dans le code du Nicaragua, l'article 7 reprend le même principe de « priorité absolue » sans réelle précision. Il affirme néanmoins que l'Etat devra assigner les ressources nécessaires pour garantir l'universalité et la qualité des politiques d'attention intégrales aux enfants et aux adolescents en destinant la meilleure « inversion » aux politiques sociales fondamentales⁵⁰⁶. L'article 58 affirme qu'il est de l'obligation de l'Etat de garantir l'exécution de ces politiques. Le code du Nicaragua renvoie à une autre loi⁵⁰⁷. Ainsi, la loi d'organisation du conseil

⁵⁰³ Article 8.

⁵⁰⁴ Article 1.

⁵⁰⁵ Article 1.

⁵⁰⁶ Article 61.

⁵⁰⁷ Articles 62 et 63.

national d'attention et de protection intégrale à l'enfance et à l'adolescence et la « défense des enfants et des adolescents » a été adoptée (publiée le 31 mai 2000). Par ces dispositions contraignantes, les Etats s'obligent donc à introduire la CIDE dans les droits internes. Le CDE est chargé d'évaluer leur célérité à le faire.

L'ensemble des mesures prises par l'Etat sont évaluées tous les cinq ans par le CDE.

§ 2. - Rôle du Comité des Droits de l'enfant : le cas argentin

Les Etats parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du secrétaire général de l'ONU, des rapports, tous les cinq ans, 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. De plus, l'article 45 de la CIDE précise que : « le comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance 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 leurs mandats respectifs (...) ». La création de ce type de comité est maintenant traditionnelle concernant les pactes internationaux. Le CDE n'a pas compétence pour étudier des cas précis de violations des droits de l'enfant. Elle échoit au système interaméricain des droits de l'homme, et, naturellement, aux législations nationales.

Toutefois, la CIDE impose aux Etats signataires de mettre à la disposition du public les rapports quinquennaux. Cela permet dans chaque pays un débat autour des droits de l'enfant impliquant l'ensemble des acteurs intéressés.

A - Rapports présentés au Comité

Le CDE contrôle l'application de la CIDE. Ses observations, dont le rôle politique est avéré, repose sur une lecture critique du rapport officiel de l'Etat membre⁵⁰⁸ qui peut faire l'objet de questions particulières pour détailler tel ou tel point. La lecture d'autres rapports issus

⁵⁰⁸ Le Comité a adopté des directives générales le 11 octobre 1996 concernant la forme et le contenu des rapports.

d'entités indépendantes de l'Etat est également prise en compte. L'exemple du rapport des ONG argentines⁵⁰⁹, répondant deuxième rapport de l'Etat argentin du 12 août 1999, met en évidence l'apport nouveau des « institutions spécialisées ». Il débute par une contextualisation des années 1990 sous le titre de : « Néolibéralisme et criminalisation de la pauvreté ». Il est écrit trois ans après le rapport de l'Etat argentin, donc après la crise de décembre 2001. C'est d'ailleurs une des premières critiques du rapport des ONG devant l'effondrement du modèle économique argentin. Les dates sont ici importantes, car le rapport de l'Etat argentin parlait de « stabilité économique » du pays.⁵¹⁰

L'examen du Comité⁵¹¹ tient compte de la situation économique du pays, ce qui témoigne évidemment d'une prise en compte de la situation internationale au moment de l'étude du rapport. Cette situation qui, aux yeux des ONG argentines, est un facteur clé de la situation dégradée de l'enfance est simplement relevée par le Comité⁵¹².

Concernant la loi Agote de 1919⁵¹³, l'Etat argentin reconnaît dans son rapport⁵¹⁴ qu'elle « devrait être modifiée » quand les ONG signalent qu'elle viole les préceptes contenus dans la CIDE. Le Comité reproche à l'Etat la permanence de cette loi et signale « qu'il n'existe aucune législation en vigueur au niveau fédéral qui considère l'enfant comme un sujet de droit ». Pour appuyer son argumentation, le Comité fait référence à la « notion de situation

⁵⁰⁹ *Informe de Organizaciones No Gubernamentales argentinas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño La situación en el cumplimiento de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes en Argentina. Escenario, desafíos y recomendaciones*, Colectivo de ONG's de Infancia y Adolescencia, Argentine, Février 2002.

⁵¹⁰ Comité des Droits de l'Enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la convention: Rapports périodiques des Etats parties devant être soumis en 1998 Argentine CRC/C/70/Add.10 Paragraphe 4, 1999: « On observe une stabilité économique, car l'inflation a été maîtrisée à la suite de l'application du plan de convertibilité et de dynamisme économique, mais il reste encore à améliorer l'investissement ».

⁵¹¹ Comité des Droits de l'Enfant, Observations finales : Argentine, 9 octobre 2002. CRC/C/15/add.187.

⁵¹² Le Comité reconnaît que l'Etat partie rencontre de nombreuses difficultés dans la mise en œuvre de la Convention, en particulier à cause de la crise économique, politique et sociale que connaît le pays, et que la pauvreté croissante fait obstacle à la réalisation et à la jouissance intégrales des droits reconnus dans la Convention. CRC/C/15/add.187.

⁵¹³ Il s'agit de la loi 10.903 dite de « patronat » sur laquelle a longtemps reposé la législation des mineurs. Voir page 148.

⁵¹⁴ « Cette loi fait actuellement l'objet d'une étude, car vu le temps écoulé depuis son entrée en vigueur, plusieurs de ses dispositions pourraient devoir être modifiées pour répondre aux nouveaux problèmes concernant la population qu'elle vise ». CRC/C/70/Add.10 26 février 2002.

irrégulière », doctrine développée en particulier par des juristes argentins et reprise également dans le rapport des ONG sous les termes de « modèle de la situation irrégulière⁵¹⁵ ».

Concernant les chiffres le rapport des ONG signale que « 49 % des enfants et adolescents qui se trouvent dans la pauvreté » alors que le rapport du Comité, « 69,2 % des enfants argentins vivent dans la pauvreté⁵¹⁶ ».

Ces débats entre les ONG spécialisées et l'Etat argentin ont pour forum le CDE. Ils n'ont pas directement un impact national et restent cantonnés à des discussions d'experts. Ils ont néanmoins une forte incidence sur la société par les décisions qui en émanent. L'adoption d'une nouvelle loi en Argentine en octobre 2005 en est l'illustration.

B - Observations du Comité

Le rôle des ONG en Argentine, qui se sont regroupées dans une coordination (la Fédération des ONG (FADO) présidée par Adolfo Perez Esquivel, prix Nobel de la paix en 1978, est de donner au CDE une source d'information non étatique et sur le plan interne de mobiliser la société pour faire évoluer la législation.

Sur le droit à l'éducation, le Comité demande à l'Etat argentin que « de nouvelles mesures soient prises pour encourager la participation active des enfants à l'école ». En ce sens, le Comité rejoint le rapport des ONG qui dénonce qu'« une grande partie des directeurs et professeurs ne facilitent pas l'ouverture d'espaces de participations des élèves dans les écoles ». Ce thème de la participation des enfants est une exigence de l'article 12 de la Convention qui stipule que « les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant (...) ». On peut remarquer que le Comité en faisant cette recommandation s'appuie clairement sur d'autres sources que le rapport fourni par l'Etat argentin. Ce dernier ne signale pas ce point comme une faiblesse.

L'intérêt du Comité pour les sources d'information et d'analyses autres que le rapport officiel est encore plus patent dans le chapitre « Droit à ne pas être soumis à la torture » ou il dénonce

⁵¹⁵ Rapport des ONGs (2002), p. 11.

⁵¹⁶ Le Rapport du Comité précise qu'il s'agit de statistiques récentes fournies par l'Etat partie dans sa réponse au Comité.

le phénomène de la gâchette facile⁵¹⁷ « qui a entraîné la mort d'un grand nombre d'enfants ». Ce phénomène est dénoncé par le rapport des ONG comme une violence institutionnelle extrême vécue comme une « forme de régulation sociale ». Ce parallélisme entre les deux rapports montre l'intérêt d'un rapport autre que celui de l'Etat partie. Il est notable que le Comité prend soin de les lire et de s'en inspirer sans, en l'espèce, en faire explicitement référence.

De fait, la CIDE n'a pas prévu d'organe juridictionnel. Seul le CDE⁵¹⁸ lit et commente les rapports quinquennaux des Etats signataires. C'est donc aux juridictions nationales ou internationales, de jouer ce rôle. La Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme le feront en intégrant la CIDE aux dispositifs régionaux de protection des droits de l'homme, dont la Convention américaine des droits de l'homme, dans un esprit de meilleure protection des droits de l'enfant⁵¹⁹. Pour le juriste néerlandais Jaap Doek⁵²⁰, président du CDE, une des fonctions principales des rapports des Etats est qu'ils « ont à cœur de se présenter de façon positive, de montrer qu'ils se préoccupent du sort des enfants ». Pour lui, « Le vrai défi, pour ces pays, est de traduire en acte leurs bonnes intentions ». Le CDE est là pour mesurer ces actes.

Section 2. - Le rôle malaisé de la famille

Considérées comme ayant un rôle essentiel dans le bien-être de l'enfant, les familles vivent souvent dans des conditions de dénuement qui rendent irréalisables les attentes qu'elles suscitent.

Il n'y a pas d'ambiguïté sur le fait que les rédacteurs de la Convention voyaient dans la famille la cellule autour de laquelle gravite l'enfant. Pas plus que les constitutions, La CIDE

⁵¹⁷ La gâchette facile : Ce vocable signale la tendance de faire un usage incontrôlé des armes à feu de la part des forces de l'ordre.

⁵¹⁸ Article 43, 44 et 45 de la CIDE.

⁵¹⁹ J. Cortés Morales, « La Convención de los derechos del niño como instrumento internacional de derechos humanos » in *Infancia y derechos humanos: discurso, realidad y perspectivas*, Corporación Opcion, Lom, Santiago, 2001, p. 59.

⁵²⁰ Interview de Jaap Doek, Président du Comité des droits de l'enfant aux Nations Unies. (juin 2004), propos recueillis par Patrice Blanc, juin 2004. (en ligne) <http://www.defenseurdesenfants.fr/actus/texte3u.htm>

ne donne pas de définition de la famille. La famille de la Convention concerne-t-elle la parentèle ou les personnes qui vivent sous un même toit ? S'agit-il de la famille au sens large ou bien la famille dite nucléaire ? Est-ce la famille monoparentale qui se résume à l'enfant et la mère ou le père ou la famille reconstituée ? On le voit, « l'unité fondamentale » de la société est malmenée par les faits. A quelle famille se réfère donc la CIDE ?

§ 1. - Consensus théorique et définition fluctuante

Il existe donc un consensus indiscutable sur l'importance du rôle de la famille dans le respect des droits de l'enfant. En revanche la définition de la famille est fluctuante. Elle joue un rôle clé pour l'enfant, mais ses caractéristiques évoluent. Pilier de la CIDE, la famille en Amérique latine a changé même si les discours presque unanimes continuent de la considérer comme une des institutions les plus solides.

La famille, dans le préambule de la CIDE, est « l'unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants ». L'enfant, poursuit le préambule, « doit grandir dans le milieu familial » pour se préparer « à une vie individuelle dans la société ».

Les Constitutions d'Amérique latine sur ce point emboîtent le pas à la CIDE. La famille est également reconnue comme la cellule de base de la société (Chili⁵²¹, Colombie⁵²², Costa Rica⁵²³, Cuba⁵²⁴, Equateur⁵²⁵, Nicaragua⁵²⁶, Paraguay⁵²⁷, et Uruguay⁵²⁸). L'Etat chargé est chargé

⁵²¹ Article 1 : La famille est la cellule fondamentale de la société.

⁵²² Article 42 : La famille est la cellule fondamentale de la société.

⁵²³ Article 51 : La famille comme élément naturel et fondamental de la société a droit à une protection spéciale de l'Etat.

⁵²⁴ Article 34 : L'Etat reconnaît en la famille la cellule fondamentale de la société.

⁵²⁵ Article 37 : L'Etat reconnaîtra et protégera la famille comme cellule fondamentale de la société.

⁵²⁶ Article 70 : La famille est la cellule fondamentale de la société et a droit à la protection de celle-ci et de l'Etat.

⁵²⁷ Article 49 : La famille est la base de la société. Sa protection intégrale sera promue et garantie.

⁵²⁸ Article 40 : La famille est la base de notre société. L'Etat veillera a sa stabilité morale et matérielle pour la meilleure formation de ces fils dans la société.

de la protection de la famille : Bolivie⁵²⁹, Colombie⁵³⁰, Costa Rica, Cuba⁵³¹, Equateur, Nicaragua, Panama⁵³², Paraguay, Uruguay. Certaines constitutions vont plus loin en définissant le mariage comme fondement légal⁵³³, base essentielle⁵³⁴, composant ou cellule⁵³⁵ fondamentale⁵³⁶ de la famille.

En 1994, le Comité des droits de l'enfant a tenu un jour de « débat général »⁵³⁷ selon une procédure habituelle qui permet une rencontre avec non seulement les Etats parties mais également avec les institutions spécialisées qui le souhaitent. Le thème abordé était le rôle de la famille pour la promotion des droits de l'enfant. Au vu des différentes interventions, précise le rédacteur, il est difficile d'établir un « concept unique de la famille », de la même manière qu'il n'y a pas de concept unique d'enfance. Dans le même paragraphe, le Comité réitère que la famille est le « cadre idéal pour la première étape d'expérience démocratique de chacun de ses membres, incluant les enfants ». L'enfant doit se préparer à une vie individuelle dans la société dont la famille est l'unité fondamentale ou bien l'enfant doit se préparer à une vie individuelle dans la famille, unité fondamentale de la société ? Nous le voyons le texte de la Convention supporte mal une analyse sur le sens de la famille pour les rédacteurs. Ce qui est établi est que la famille a un rôle important pour les droits de l'enfant. La famille se retrouve donc prise en tenaille entre les droits de l'enfant et les obligations de l'Etat. En réalité, la famille semble être l'absente de la Convention. Ce n'est pas l'opinion de Guillemette Meunier⁵³⁸ qui soutient que « dans plusieurs articles, la Convention mentionne directement le rôle des parents et de la famille et charge les gouvernements de protéger les

⁵²⁹ Article 193 : Le mariage, la famille et la maternité sont sous la protection de l'Etat.

⁵³⁰ Article 42 : L'Etat et la société garantissent la protection intégrale de la famille.

⁵³¹ Article 51 du Costa Rica et 35 de la Constitution cubaine.

⁵³² Article 37 de la Constitution équatorienne, Article 70 de la Constitution du Nicaragua et Article 52 de la Constitution du Panama.

⁵³³ Article 53 de la Constitution du Panama, et article 15 de la Constitution de la République Dominicaine.

⁵³⁴ Article 52 de la Constitution du Costa Rica.

⁵³⁵ Article 35 de la Constitution de Cuba.

⁵³⁶ Article 4 de la Constitution du Pérou, Article 52 de la Constitution du Paraguay.

⁵³⁷ CDR, Extrait du document CRC/C/34, 7^o période de sessions, novembre 1994.

⁵³⁸ G. Meunier, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 74 à 76.

familles et de les aider à remplir leur fonction essentielle dans le développement et l'éducation des enfants ». Si nous avançons que la famille est l'absente de la Convention, c'est parce que sa définition est absente nous l'avons vu, et qu'entre l'Etat dont la définition n'est pas à faire et l'enfant dont la définition est faite dans l'article premier, la famille apparaît comme insaisissable même s'il est fait expressément référence soit aux parents, soit à la famille, soit aux membres de la famille. Il y a par conséquent un paradoxe entre la valorisation de la famille dans la Convention et l'opacité de sa définition. La famille de la Convention est plus sociologique que juridique. De fait, la famille réelle déborde largement le cadre de la loi.

§ 2. - Crise de la famille en Amérique latine

« Aider les familles c'est aider les enfants », pouvait dire en 2004 Carol Belamy⁵³⁹, alors directrice de l'UNICEF. A l'occasion du jour international de la famille, l'Agence des Nations Unies pour l'Enfance insistait auprès des gouvernements pour qu'ils prennent « les mesures économiques qui puissent limiter les effets que les politiques d'ajustement économique, la globalisation et le modèle de développement ont sur les familles et leurs enfants ».

Le pilier fondamental de la société vacille. Si l'on reconnaît que les droits des enfants servent prioritairement aux enfants dont les droits sont bafoués c'est-à-dire les enfants dont l'accès à l'école, ou à des soins primaires est limité, dont les garanties en cas de délit sont faibles. Si l'on reconnaît donc que ces droits s'adressent prioritairement aux enfants pauvres alors la question de savoir si leurs familles peuvent servir de rempart contre les abus de droit se pose. Or, la famille latino-américaine pour l'expert argentin Bernado Kliksberg⁵⁴⁰ est la victime silencieuse de la pauvreté. Les familles pauvres et même de classe moyenne, ne résistent pas à la pression économique et aux pénuries. 25 % des foyers sont uniparentaux. Ce terme signifie que c'est la mère qui assume l'ensemble de l'économie de la famille. L'absence du père a des

⁵³⁹ Communiqué de presse de l'UNICEF, New York, 14 mai 2004.

⁵⁴⁰ Le développement qui suit est tiré de : B. Kliksberg, *Hacia una nueva visión de la política social en América latina : desmontando mitos*, Universidad de Zulia, Caracas, 2003 (en ligne) www.iadb.org/etica. Les chiffres avancés proviennent de cet article qui lui-même repose sur des chiffres de la BID.

conséquences sur l'affectivité de l'enfant, sur la construction de son identité, mais aussi sur les ressources économiques de la famille. Dans les foyers constitués par les deux parents, entre 30 à 50 % des mères souffrent de violence domestique. La désarticulation des familles a des conséquences graves sur les enfants, sur leur santé, sur les rendements scolaires. Des études effectuées en Uruguay, poursuit Kliksberg, montrent un taux de mortalité chez les enfants issus de famille monoparentale (c'est dire dont la mère est seule) est bien supérieur à celui que l'on trouve dans les familles avec père et mère. L'auteur ajoute que le taux de « renoncement à former une famille » est en nette augmentation chez les jeunes couples. Il faut ajouter à cette brève description de la famille l'augmentation des mères adolescentes. Cela concerne au Nicaragua 27 % des naissances⁵⁴¹.

Kliksberg parle de la famille comme de victime silencieuse dans le sens où l'impact des politiques économiques contribue à fragiliser les familles. En réalité, il semble, si l'on se réfère aux études de l'historien chilien Gabriel Salazar⁵⁴² sur les « enfants bâtards » que la famille au sens plus traditionnel du terme n'a jamais été une réalité dans les franges les plus pauvres de la population.

La famille latino-américaine, pour reprendre les termes de la CIDE ne peut donc pas « jouer pleinement son rôle dans la communauté », car la réalité des familles pauvres n'est pas ou peu prise en compte dans les politiques publiques.

L'Etat est bien le principal acteur de la CIDE, son maître d'œuvre. Chargé d'introduire dans le droit interne les nouveaux principes dont elle est porteuse, il ne peut être à la fois juge et partie de la qualité de sa législation en faveur des enfants. De même, les observations du CDE auquel est dévolu le rôle de censeur sans pouvoir coercitif, ne pèsent pas très lourd, malgré les propos de son président, en face de l'appareil étatique. C'est la raison pour laquelle le système interaméricain de protection des droits de l'homme a été amené à prendre position sur cette question.

⁵⁴¹ Enquête de démographie et de santé, Institut National de Statistiques et recensements du Nicaragua, 2001.

⁵⁴² Voir page 91.

SOUS-TITRE II. - UNE CONSECRATION INTERAMERICAINE

L'irruption des droits de l'enfant dans des pays tels que le Brésil, le Venezuela ou l'Equateur témoigne de la rapidité avec laquelle le législateur a pu radicalement réformer les codes de l'enfance. Les autres pays du continent ont suivi dans un mouvement unanime. De nouveaux principes régissent la matière. Une attention particulière est portée, dans les textes, à l'effectivité des normes.

Par le biais du travail du CDE chargé d'évaluer les avancées en la matière, les débats touchant les droits de l'enfant sont accessibles au public. Une reconnaissance supplémentaire sera apportée par la Cour Interaméricaine de Justice dans son avis consultatif n° 17. La doctrine de la protection intégrale acquiert une vocation régionale.

CHAPITRE 3. - LA PROTECTION INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'ENFANT

Il n'existe pas dans le continent latino-américain un instrument spécifique de protection des droits de l'enfant. En revanche, le système régional de protection des droits de l'homme s'est s'approprié de la CIDE et lui a donné toute sa force dans le continent tant dans les textes que par les mécanismes de garanties qu'ils instituent. La jurisprudence développée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme contribue largement non seulement à la diffusion des principes de la Convention, mais aussi à sanctionner les abus qui lui sont présentés. Ses décisions reflètent l'important travail doctrinal réalisé par les juristes qui ont élaboré la doctrine de la protection intégrale.

Section 1. - Une reconnaissance par les textes

La particularité du système interaméricain⁵⁴³ est qu'il est contemporain des indépendances. Les principes du panaméricanisme issus de la vision de Bolivar se sont concrétisés par une série de Congrès et conférences latino-américains.

Après 1948, les Etats d'Amérique se sont dotés d'un système de vigilance pour promouvoir et sauvegarder les droits de l'homme. Les enfants n'ont pas été absents des instruments mis en place.

⁵⁴³ Le système de protection des droits est particulièrement bien détaillé dans la thèse de M.V. Cavagnaro, *Eficacia de los mecanismos de protección de los derechos de los niños en el ámbito americano*, Tesis para la Maestría en Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa María de La Rábida, 2003. Le présent chapitre s'en inspire.

§ 1. - La Convention interaméricaine des droits de l'homme et autres instruments

Le système interaméricain de protection des droits de l'homme⁵⁴⁴ tire son inspiration de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme adoptée le 2 mai 1948 (soit sept mois avant la Déclaration universelle de 1948) et sa légitimité de la Charte de l'OEA du 30 avril 1948 (entrée en vigueur en 1951) dont l'article 106⁵⁴⁵ pose les bases de la future Convention américaine sur les droits de l'homme dit « le pacte de San José ». Il fut adopté le 22 novembre 1969 et entré en vigueur le 18 juillet 1978. Le Pacte, qui a force obligatoire pour les Etats qui l'ont adopté et dont la deuxième partie est intitulée « Des moyens de la protection », met en place deux organes aujourd'hui fondamentaux pour la protection des droits de l'homme en Amérique latine : la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme et la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme⁵⁴⁶. L'OEA, par ailleurs, a mis en place des organismes spécifiques tels que la Commission interaméricaine des femmes (créée en 1938), le Conseil interaméricain pour le développement intégral (créé en 1996), le Comité juridique interaméricain, l'Institut indigène interaméricain et l'Institut interaméricain de l'enfant (créé en 1927). La commission et la cour sont les deux organes les plus importants. Leur tâche est consultative et également juridictionnelle. De fait, ils traitent des cas de violations de droits de l'homme dans le système interaméricain. La commission est, depuis 1965 (protocole de Rio de Janeiro), la porte d'entrée des personnes dans le système de protection des droits puisqu'elle peut être saisie, depuis cette date, par un citoyen. Elle a été créée en 1959 et réalise également des rapports suivis de recommandations aux Etats membres concernant la situation des droits de l'homme. C'est la commission qui a élaboré le projet de la Convention américaine des droits de l'homme. La Cour interaméricaine des droits de l'homme guide les Etats par sa compétence consultative pour interpréter les instruments concernant les droits de l'homme et peut les sanctionner par sa compétence juridictionnelle et

⁵⁴⁴ Le développement qui suit doit beaucoup au livre Cejil, *Construyendo los derechos del niño en las Americas*, Save The Children, 2003, en particulier sur la description du fonctionnement du système latino-américain de protection des droits de l'homme.

⁵⁴⁵ Article 106. Il y aura une Commission interaméricaine des droits de l'homme, dont la principale fonction consistera à promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme et à servir, dans ce domaine, d'organe consultatif à l'Organisation, une Convention interaméricaine sur les droits de l'homme déterminera la structure, la compétence et le fonctionnement de cette Commission, ainsi que des autres organes qui s'occupent de cette matière.

⁵⁴⁶ Chapitre 7 et 8 respectivement du Pacte de San José.

déterminer les préjudices correspondants. Sa fonction juridictionnelle est étendue. Elle ne se limite pas à l'interprétation de la CADH, mais à l'ensemble des traités se référant aux droits de l'homme.

Actuellement, les droits de l'enfant sont largement protégés par plusieurs instruments juridiques régionaux qui directement ou indirectement déclinent le nouveau droit de l'enfance. La Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'homme de 1948, dans son article 7 dispose que « (...) tout enfant a droit à la protection, aux soins et à une aide spéciale. » La Convention américaine sur les Droits de l'Homme (CADH) approuvée en 1969 évoque déjà les droits de l'enfant dans son article 19, soit 20 ans avant la CIDE avec les termes suivants : « Tout enfant a droit à des mesures de protection que sa condition de mineur requiert de la part de sa famille, de la société et de l'Etat ». Comme la CIDE, la CADH est contraignante vis-à-vis des Etats signataires. Elle a été complétée par un protocole additionnel en 1988, dit de San Salvador, dont l'article 16 est intitulé « Droits de l'enfance ». Il reconnaît à l'enfant le droit aux mesures de protection, à ne pas être séparé de sa mère (enfant en bas âge) à grandir dans sa famille (sauf cas exceptionnels), à avoir une éducation primaire gratuite, à poursuivre sa formation...

Il convient d'ajouter comme instruments juridiques : la Convention interaméricaine pour prévenir, sanctionner, et éradiquer la violence contre les femmes (Convention de Belem do Para de 1994) qui dans son article 9 fait référence aux mineures ainsi que la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes (1994) qui traite dans son article 12 des mineurs disparus⁵⁴⁷. A ces conventions, s'ajoutent les réunions ministérielles et sommets des chefs d'Etat qui produisent des Déclarations qui, si elles n'ont pas de valeur juridique, ont un impact politique⁵⁴⁸. L'ensemble de ces instruments sera inclus par la Cour Interaméricaine dans sa définition du *Corpus Juris* des droits de l'enfant.

Il convient de noter également le rôle des Conférences interaméricaines spécialisées sur le droit international privé (CIDIP), organisées par l'OEA à partir de 1975. Elles donneront lieu à une production originale de texte visant à unifier le droit dans le continent.

⁵⁴⁷ Elle sera largement invoquée pour la question des enfants disparus d'Argentine.

⁵⁴⁸ Entre autres déclarations : le Consensus de Kingston (2000), le sommet des Amériques (1994-1998-2001), la Déclaration de Panama (2000). Les Etats s'obligent à formuler des politiques et des programmes d'attention spécifique à l'enfance.

§ 2. - Effort d'harmonisation du droit international privé

L'harmonisation du droit international privé⁵⁴⁹ est facilitée en Amérique latine par l'homogénéité linguistique et culturelle ainsi que par un fonds juridique commun. L'effort des CIDIP est de revenir à une tradition juridique issue des jeunes républiques latino-américaines unifiée en droit par la réception du Code Napoléon. C'est dans le domaine des droits de l'homme que l'uniformité est la plus aboutie. Pourtant l'articulation entre le droit international public des enfants et les règles de droit privé ne va pas de soi.

En 1971, l'Assemblée générale de l'OEA a décidé de convoquer la première CIDIP, qui s'est déroulée, quatre années plus tard, à Panama. De même qu'en Europe, l'Amérique latine s'est dotée, dans le cadre de ses conférences réunissant des experts latino-américains dans les domaines concernés, de Conventions complémentaires⁵⁵⁰. Certaines ont pour objectif de préciser la CIDE sur des points précis. Il s'agit de la Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires (1989), la Convention interaméricaine sur le retour international de mineurs (1989), de la Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs (1984) et de la Convention interaméricaine sur le trafic international de mineurs (1994). Il faut signaler que l'Institut interaméricain de l'enfant a eu une participation active aux CIDIP⁵⁵¹ en particulier en ce qui concerne la protection du mineur.

Devant certaines limites des droits nationaux, les conventions citées ont pour principal objectif d'harmoniser le droit des Etats signataires. Les dispositions contenues dans ces conventions se situent dans la même logique que la CIDE. Elles se font écho de principes déjà présents. Par exemple, la CIDE oblige les Etats parties à prendre toutes les mesures pour « pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger⁵⁵² », pour empêcher « pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants⁵⁵³ », pour « assurer le

⁵⁴⁹ Voir A.Garro, « Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades » in *Juridica*, Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, n°22, 1993, p. 225 à 268.

⁵⁵⁰ Pour une analyse détaillée des Conventions élaborées dans le cadre des CIDIP, voir Cavagnaro (2003).

⁵⁵¹ Son rôle est décrit par exemple dans l'article 27 de la Convention de 1989 sur le retour international des mineurs.

⁵⁵² Article 11-1 de la CIDE.

⁵⁵³ Article 35 de la CIDE.

recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant⁵⁵⁴ », et enfin pour que l'intérêt supérieur de l'enfant prime lorsque l'adoption est envisagée⁵⁵⁵. Le résultat de cet effort est une proximité des législations touchant à l'enfance, souvent plus avancée qu'en Europe.

Ces conventions complètent d'une part le système universel de protection des droits de l'homme et d'autre part le système interaméricain de protection des droits de l'homme dont les dispositions englobent les enfants. Le corps de texte sera largement utilisé et interprété par la Cour interaméricaine de justice qui développera progressivement une jurisprudence fondée sur les principes de la CIDE. Signalons toutefois que vingt et un Etats seulement sur trente-quatre membres de l'OEA ont accepté la compétence contentieuse de la Cour et vingt-cinq ont ratifié la CADH.

Section 2. - Une reconnaissance par la jurisprudence

Les avis consultatifs de la Cour interaméricaine n'ont pas d'effet obligatoire. Leur finalité est d'aider à l'accomplissement des obligations internationales des Etats Américains en ce qui concerne la protection des droits de l'homme. Dans la pratique, les avis jouissent d'une grande autorité. Ils inspirent la jurisprudence. Dans le domaine de l'enfance, ils ont été éclairés par la doctrine latino-américaine qui s'est imposée comme une source de droit visant à unifier le droit de l'enfance issu de la CIDE.

§ 1. - Reconnaissance du corpus juris des droits des enfants

Les droits de l'enfant ont été renforcés par le système interaméricain de protection des droits de l'homme. La Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme sont chargées de les promouvoir et de superviser leur application. Le cas emblématique de la reconnaissance formelle des droits de l'enfant par la Cour interaméricaine est le cas « Villagran, Morales y otros (dit le cas des enfants de la rue) ». Les faits sont tragiquement banals. Le 15 juin 1990,

⁵⁵⁴ Article 27-4 de la CIDE.

⁵⁵⁵ Article 21 de la CIDE.

dans le quartier de « Las Casetas » de Guatemala City, une camionnette s'approche de quatre jeunes, dont deux mineurs. Des hommes armés descendent et séquestrent les victimes. Les quatre corps sans vie sont retrouvés le 16 et le 17 juin. Tous portaient la marque de tortures. Un cinquième adolescent, Anstrom Villagran a été assassiné 10 jours après. Les cinq jeunes étaient amis et habitaient le même quartier. Selon un témoin oculaire, les assassins faisaient partie du cinquième corps de la Police nationale. Ce témoin qui travaillait dans un bar du quartier a pu en identifier formellement deux. Une enquête est aussitôt ouverte. En première instance les accusés sont relâchés, faute de preuve. La Cour d'Appel en 1992 et la Cour Suprême en 1993 confirment le jugement du tribunal. Pour la Commission interaméricaine saisie à son tour par les ONG Casa Alianza et CEJIL, L'Etat guatémaltèque « n'a fait aucun effort sérieux pour réagir devant ces crimes ».

Saisie à son tour par la Commission, la CIDH condamne, en novembre 1999, l'Etat du Guatemala en définissant une compréhension large de l'article 19 de la CADH : « Tant la Convention américaine que la Convention sur les droits de l'enfant font partie d'un *Corpus Juris International* de protection des enfants qui doit servir à cette Cour pour fixer le contenu et la portée de la disposition générale définie dans l'article 19 de la Convention Américaine ». Cette première décision concernant l'enfance a eu un grand impact en raison de la condamnation sans réserve du Guatemala et de sa portée théorique⁵⁵⁶. Le fait que l'Etat guatémaltèque ait commencé à exécuter la décision est également historique. Le processus de démocratisation du Guatemala compte pour beaucoup dans le fait que le gouvernement ait décidé d'obéir aux injonctions de la Cour⁵⁵⁷. Cette dernière lui a également ordonné une adéquation de sa législation au droit de l'Enfance. Pour Mary Beloff cette décision reflète l'importance et l'utilité du système interaméricain de protection des droits. « En plus de sa valeur intrinsèque, comme acte de justice, commente la juriste argentine, elle reflète aussi l'importance et l'utilité du recours au système interaméricain de protection des droits de l'homme pour donner au problème une visibilité et un statut comme problème de droit, de

⁵⁵⁶ L'argumentation du cas Villagran a fait jurisprudence et sera reprise dans le cas 11.634 Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 11 mars 2004.

⁵⁵⁷ La Cour a, entre autres dispositions, ordonné à l'Etat de construire un centre éducatif qui doit porter le nom des jeunes assassinés.

droits de l'homme »⁵⁵⁸. Les critiques de la juriste sont de détail et portent sur la signification des « mesures spéciales de protection » pour la Cour de Justice.

La Commission interaméricaine dans une décision rendue le 4 avril 2001 reprendra intégralement l'argumentation de la Cour Interaméricaine sur ce point. Il s'agit du cas 11.665 dans lequel la CIDH recommande à L'Etat mexicain non seulement de poursuivre ses recherches concernant les auteurs d'un crime, mais également de réparer le préjudice commis envers les victimes dont une mineure. Le système de protection des droits latino-américain devient le meilleur relais de la CIDE dans le continent.

§ 2. - Le rôle des doctrinaires

La doctrine de la protection intégrale est une élaboration théorique qui se situe clairement dans la logique historique du développement et de la reconnaissance des droits de l'homme dans le continent. Elle joue en particulier le rôle d'aiguillon pour influencer la jurisprudence et les politiques publiques en faveur de l'enfance.

L'impact le plus important des doctrinaires a été de proposer un outil de compréhension des droits de l'enfant : la doctrine de la protection intégrale. Les termes ont été repris par le CDE⁵⁵⁹, par la Cour Interaméricaine, et par l'ensemble des nouvelles lois sur l'enfance dans le continent. La doctrine latino-américaine dans ce sens a été et continue d'être une source de droit. Plus qu'une autorité, la doctrine a bien contribué à faire le droit. Son effort a été double. D'une part, la doctrine a dénoncé les erreurs anciennes et a rétabli de principe de légalité dans le droit de l'enfance, d'autre part, elle a servi de moteur à l'harmonisation du droit de l'enfance. En s'emparant de la CIDE, les juristes latino-américains ont su dégager les principes qui l'inspirent, réinterpréter la Convention internationale dans le contexte régional, et proposer des solutions techniques pour améliorer la condition juridique des enfants. Ils sont présents dans les facultés de droit les plus importantes qui, depuis plusieurs années

⁵⁵⁸ M. Beloff, « Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Comentario a la sentencia Villagran Morales y otros ». *Revista Mas derecho?* Di Placido, Buenos Aires, 2000.

⁵⁵⁹ Le CDE utilise couramment les termes de doctrine de la situation irrégulière : UNICEF, OHCHR (2004), pour l'Argentine, p. 66, 72 et 80 ; pour le Chili, p. 133 ; pour le Guatemala, p. 216 et 229 ; pour le Honduras, p. 241 ; pour le Mexique, p. 264 ; pour le Pérou, p. 354 ; pour l'Uruguay, p. 379. Il fait référence à la protection intégrale pour signaler les lois nouvelles instaurées dans les pays concernés.

développent des formations spécifiques sur les droits de l'enfant fondées sur le travail doctrinal. Ils sont omniprésents dans l'UNICEF qui est le plus important relais de la doctrine en Amérique latine et aux Nations Unies. Ils participent activement au travail de l'IIN (en particulier aux derniers congrès panaméricains de l'enfant). Vu par eux même, leur rôle est avant tout militant. Il est académique dans l'analyse des législations sur les mineurs, mais engagé contre les législations actuelles qui présente des traces du « vieux droit ». Cette présence imposante du discours sur la protection intégrale laisse peu de place pour les voix dissidentes.

Pour García Méndez, la doctrine de la protection intégrale est aussi « la critique systématique non seulement aux formulations originelles et historiques de la situation irrégulière, mais également à ses versions modernes incarnées dans le corporatisme hypocrite du paradigme de l'ambiguïté⁵⁶⁰ ».

Les principaux spécialistes des droits de l'enfant de cette doctrine sont régulièrement appelés par la Cour interaméricaine pour des expertises. Pendant l'audience du cas Villagran, la cour interaméricaine a convoqué, outre les membres de la famille des victimes, deux experts de la thématique de l'enfance. Il s'agissait de García Méndez à l'époque assesseur régional de l'UNICEF pour l'Amérique latine et à Christian Salazar directeur de l'UNICEF au Guatemala. García Méndez a également été sollicité pour le cas « Bulacio versus Argentina » en 2003. Il a, au cours de son expertise, réaffirmé la doctrine de la protection intégrale et la prééminence du principe de légalité.

Les juges de la Cour interaméricaine font régulièrement référence à ses travaux. Cela a été le cas pour l'élaboration de l'avis consultatif n° 17 qui allait marquer la jurisprudence.

⁵⁶⁰ E. García Méndez , « doctrinas », Email à l'auteur, 24 juin 2004.

CHAPITRE 4. - L'AVIS CONSULTATIF N°17 DE LA CIDH

L'Avis consultatif « OC-17 » du 28 août 2002⁵⁶¹ est le premier avis qui a directement trait aux droits de l'enfant. Pour la première fois, la Cour Interaméricaine reconnaît l'enfant comme sujet de droit tel que le terme est proposé par la doctrine. Pour les analystes⁵⁶², cet avis consacre la reconnaissance des droits de l'enfant en Amérique latine par le système interaméricain de protection des droits de l'homme.

Section 1. - Les arguments en présence

La Commission a, conformément à l'article 64 de la CADH demandé le 30 mars 2001 une interprétation de l'article 19 du pacte de San José. « Tout enfant a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat » afin de voir comment il pouvait s'articuler avec les articles 8 et 25 touchant les garanties et la protection judiciaire.

Ecartant l'irrecevabilité de la saisine, la Cour Interaméricaine, va développer une argumentation pédagogique dont le résultat sera la mise la mise en évidence du corpus juris des droits de l'enfant

⁵⁶¹ Cour Interaméricaine des Droits Humains, Opinion Consultative OC-17 du 28 août 2002, Sollicité par la CIDH.

⁵⁶² M. Beloff, « Luces y sombras de la opinión consultiva 17 de la corte interamericana de derechos humanos: condición jurídica y derechos humanos del niño » in *Justicia y Derechos del Niño* n°6, UNICEF, Santiago, novembre 2004. A. Salado Osuna, « Algunas reflexiones sobre la opinión consultiva 17 (28 août 2002) de la Corte Interamericana de derechos humanos, relativa a la condicion juridica y derechos humanos del niño », *Anuario de Justicia de Menores* n°2, Astigi, Sevilla, 2002.

§ 1. - La demande de la Commission

La Commission s'inquiétait de voir que dans diverses législations et pratiques, lorsqu'il s'agit d'enfants, l'obligation de protection de l'Etat⁵⁶³ pouvait faire passer à un second plan les droits reconnus dans les articles cités⁵⁶⁴.

Dans son avis consultatif, la Cour s'exprime sur sa compétence. Aucun problème pour être saisie par la Commission qui, considérée comme un organe de l'OEA, dispose de cette attribution⁵⁶⁵. Le formalisme requis a également été respecté. Il consiste dans la formulation précise des questions, des indications des dispositions dont l'interprétation est sollicitée, du nom et adresse du délégué et des indications des normes internationales différentes de la Convention américaine qui doivent être interprétées.

Le respect de ces étapes préliminaires ne suffit pas pour que la Cour se déclare compétente. Il est nécessaire en l'espèce qu'elle détermine sa compétence sur les autres traités concernés et en particulier sur la Convention des droits de l'enfant. La Cour a déjà, dès son premier avis consultatif, déterminé qu'elle avait une compréhension large de l'expression « autres traités » de l'article 64 de la CADH⁵⁶⁶. Sa compétence peut s'exercer sur « toute disposition concernant la protection des droits de l'homme et de n'importe quel traité appliqué dans les Etats américains »⁵⁶⁷. La CIDE avait d'ailleurs, rappelle la Cour déjà été sollicitée dans le cas « Enfants de la rue ». La Cour a également insisté sur sa compréhension large de sa fonction consultative.

De plus, les cas concrets présentés par la Commission justifient selon la Cour la saisine et ne sont donc pas « une simple spéculation académique⁵⁶⁸ ». Ce critère a été repris par le juge

⁵⁶³ Article 19 de la CADH..

⁵⁶⁴ Article 8 et article 25 de la CADH.

⁵⁶⁵ Chapitre VIII de la Charte de l'OEA.

⁵⁶⁶ Article 64 de la CADH : « Les Etats membres de l'Organisation pourront consulter la Cour à propos de l'interprétation de la présente Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains ».

⁵⁶⁷ Avis Consultatif OC-1/82 du 24 septembre 1982.

⁵⁶⁸ L'expression est reprise traditionnellement par la Cour : Avis Consultatif OC-15/97 du 14 novembre 1997 et Avis Consultatif 9/87 del 6 d'octobre 1987.

Oliver Jackman, auteur d'un vote dissident⁵⁶⁹ dans l'avis concerné. Il considérait que la demande de la Commission était justement une « spéculation académique » et ne donc justifiait pas la saisine. Le juge Jackman a considéré que la formulation faite par la Commission ne réunissait pas les critères d'admissibilité⁵⁷⁰ tel qu'ils sont habituellement interprétés par la Cour. Son argumentation reposait sur un avis précédent de la Cour qui a défini les conditions de compétence : « La compétence de la Cour ne doit pas, en principe, s'exercer à travers des spéculations purement académiques, sans qu'une application prévisible à des situations concrètes qui justifient l'intérêt d'émettre un avis consultatif⁵⁷¹ ». Malheureusement dans son vote le juge « dissident » ne précise pas en quoi la demande de la Commission est purement académique. Pour Mary Beloff, la position du juge Jackman est pleinement justifiée. Elle révèle une « erreur fondamentale dans la demande de la commission⁵⁷² » qui selon l'avocate argentine est « incomplète, confuse et générique ». Pour elle, seul le fait que la question de l'enfant soit prééminente dans l'agenda actuel latino-américain et la volonté de la cour de se prononcer sur ce thème explique qu'elle ait été admise⁵⁷³».

Il est vrai que les mesures présentées par la commission sont générales, nous l'avons dit, et que prises en tant que telles, elles pouvaient justifier le vote dissident du juge Jackman. Ce dernier interprète la demande de la commission comme un souhait de tracer des lignes générales sans qu'il y ait une application concrète visible⁵⁷⁴ ce qui justifierait que la Cour se dessaisisse du cas présenté. Il y a là une interprétation littérale de la demande qui se justifie à mon avis par le manque de clarté quant au caractère généralisé des « mesures spéciales ». On

⁵⁶⁹ OC-17 Dissenting Opinion of Judge Jackman (texte original en anglais).

⁵⁷⁰ L'article 64 de la CADH apporte une vision très large des critères d'admissibilité ce qui a donné lieu à une importance jurisprudence de la Cour dans ce domaine. « Les Etats membres de l'Organisation pourront consulter la Cour à propos de l'interprétation de la présente Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains. De même, les organes énumérés au Chapitre X de la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, pourront consulter la Cour au sujet de questions relevant de leur compétence particulière ».

⁵⁷¹ Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Avis Consultatif 9/87, Avis Consultatif 16/99.

⁵⁷² Beloff (2004), p. 40.

⁵⁷³ Beloff (2004), p. 38.

⁵⁷⁴ OC-17 Dissenting Opinion of Judge Jackman « The court should resist invitations to indulge in purely academic speculation without a foreseeable application to concrete situations justifying the need for an advisory opinion » cf OC-9/87, paragraphe 16.

peut regretter par exemple, que la commission ne parle que de « quelques Etats » diminuant l'importance du thème traité.

La force des arguments de la commission ne peut que faire regretter que le vote dissident du Juge Jackman n'ait pas été davantage justifié. Dans le domaine des droits de l'enfant, les opinions divergentes sont rares. Enfin, l'expression « spéculations académiques » doit retenir notre attention. D'une manière générale, les rapports présentés par les institutions déjà citées et les questions soulevées par la commission esquissent un panorama pessimiste quant à l'exercice réel des droits des enfants. S'il y a spéculation académique ce n'est pas tant par manque de relation entre les cas présentés par la Commission et l'avis consultatif, mais par le manque d'application des traités et normes juridiques touchant l'enfance par les Etats parties. Le droit s'isole du fait.

Mis à part le juge Jackman, les autres juges ont admis la demande de la commission.

§ 2. - La participation d'institutions spécialisées

Au cours de ses débats, la Cour Interaméricaine admet l'intervention d'organismes spécialisés sur la question de l'enfance à l'instar du Comité des droits de l'enfant qui, originalité de la CIDE, autorise la présence d'organismes spécialisés⁵⁷⁵.

Il est intéressant de noter que la procédure soumise à la Cour s'est accompagnée de commentaires de l'Institut interaméricain de l'enfant (IIN), du Mexique et du Costa Rica, mais également, et, c'est la procédure originale du fonctionnement de l'instance, dite *amici curiae*, de la coordination nicaraguayenne des ONG qui travaillent avec des enfants, de l'Institut Universitaire des Droits de l'Homme du Mexique et de la Fondation Rafael Preciado Hernandez également mexicaine. Ont participé également, en qualité d'*amici curiae*, l'Institut Latino-Américain des Nations Unies pour la prévention des délits et le traitement du délinquant (ILANUD), le Centre pour la Justice et le Droit International (CEJIL) et la Commission Colombienne de Juristes.

L'INN, organisme spécialisé de l'OEA et l'ILANUD, né d'un accord entre l'ONU et le gouvernement du Costa Rica, sont des instances publiques en revanche les cinq autres

⁵⁷⁵ Article 45 a) de la CIDE.

intervenants sont privés ou non gouvernementaux, d'origines variées, liées à l'enfance et au droit.

Pour le juge Cançado Trindade, président de la Cour le rôle de ses entités est aujourd'hui devenu primordial. Se référant au cas « Villagran⁵⁷⁶ », il considère qu'il n'aurait pas atteint la scène internationale sans l'action des ONG et en particulier du CEJIL et de Casa Alianza⁵⁷⁷. De plus, il signale que la fonction créatrice de droit de la part de ces organismes⁵⁷⁸ met fin au monopole de l'Etat. C'est pour lui une raison d'espérer dans le nouveau *jus gentium* du vingt et unième siècle. La participation de la société civile, représentée en l'espèce, par des ONG, est, nous avons insisté sur ce point, une constante dans le droit de l'enfance. Cela permet, outre un apport technique, de vulgariser le débat et de mobiliser l'opinion.

Le schéma de l'avis consultatif montre l'importance de la participation de ces entités dont les rapports résumés, consignés dans le texte final, représentent la moitié du rapport de la Cour ; l'avis de la Cour en lui-même, qui répond aux questions posées par la commission, conclut le texte sur deux pages.

La commission avait inclus dans sa demande, sans citer les Etats concernés, cinq cas de mesures spéciales prises par des Etats à l'encontre de mineurs et qui vont en contradiction des principes établis par la CIDE et par la CADH : séparation des enfants de leurs parents sans légalité, emprisonnement de mineurs sans cause légale (abandonnés...), acception au pénal de confessions de mineurs sans garanties légales, pas de défense, pas d'écoute du mineur.

Si la commission ne spécifie pas les pays en cause et ne donne pas de faits précis concernant ces mesures en particulier de lieu, de date, de noms et d'autorités compétentes, c'est de toute évidence parce que ces mesures spéciales ne sont pas exceptionnelles et que leur prolifération inquiète la commission.

Cette interprétation est confirmée par le rapport *amici curiae* de la Fundación Rafael Preciado Hernández qui se référant au Mexique signale que la législation traite l'enfant comme un

⁵⁷⁶ Le cas « Villagran est évoqué page 222.

⁵⁷⁷ Entrevue donnée à la revue *Ideele* de l'Institut de défense légale, Lima, Pérou 9 novembre 2003 (en ligne) http://www.iidh.ed.cr/noticia_despliegue.aspx?Codigo=83

⁵⁷⁸ Dans son plan stratégique 2005/2008, l'IIN se félicite du fait que la Cour ait adopté sa position sur le fond. *Plan estratégico 2005-2008*, INN, mai 2005. Prologue d'Alejandro Bonasso, directeur général. (en ligne) http://www.iin.oea.org/Plan_Estrategico_2005_2008.pdf.

incapable et lui refuse tout simplement l'accès aux garanties légales dont disposent les adultes⁵⁷⁹.

Section 2. - Les conclusions de la Cour

Par ses conclusions la Cour Interaméricaine recherche l'unité du système américain des droits de l'homme en interprétant dans ce sens les normes régionales et la norme internationale. Elle développe, également, sa vision d'un « corpus juris » des droits de l'enfant.

§ 1. - La décision

La Cour s'est donc déclarée compétente par six voix contre une et en deux pages consacre les principes de la CIDE et d'une certaine manière la doctrine de protection intégrale : les enfants ont des droits reconnaît la cour, leur intérêt supérieur doit prévaloir, s'il y a discrimination elle ne peut être que positive, c'est à dire en faveur de l'enfant...

A - Rappel des principes

La Cour rappelle « la fonction primordiale » de la famille (§ 4 de l'avis) et du caractère exceptionnel (§ 5) de la séparation de l'enfant de ses parents. Elle souligne le rôle de l'Etat (§ 4, 6, 8, 9,12) pour soutenir la famille, de prendre soin des enfants... Elle confirme l'importance de procédures légales établies décrites dans la loi pénale (§ 12) pour le cas d'enfants qui enfreignent la loi.

Traditionnellement la Cour dans ses avis consultatifs répond aux questions posées. Elle peut choisir d'ordonner, à des fins pédagogiques de manière différente les questions⁵⁸⁰. De même,

⁵⁷⁹ OC-17, p. 32. « Dans le cas du Mexique, on observe clairement l'adoption du modèle tutélaire. La législation considère l'enfant inimputable et incapable, et de cette forme lui apporte un traitement similaire à celui qui correspond aux incapables mentaux, en lui refusant l'accès à un procès juste comme on l'observe pour les juridictions d'adultes ».

la Cour commence à donner une certaine importance depuis l'avis consultatif 16 à la justification de la structure de l'avis qu'elle va rendre, en consacrant un chapitre à cette question. En l'espèce, le chapitre IV est intitulé « Structure de l'Avis ». Il est intéressant de noter que la Cour a décidé d'amorcer son raisonnement à partir de thèmes généraux pour ensuite donner son opinion sur les questions particulières que lui adresse la Commission.

Cette manière de procéder, originale pour cette Cour, permet de mieux comprendre la réticence du Juge Jackman et en particulier le danger que pouvait représenter une « simple spéculation académique ». De notre point de vue l'argumentation développée a le mérite, tout en répondant aux questions de la commission, de donner une vision pédagogique et morale des droits des enfants qui confirme les principes généraux établis par la CIDE et qui orientera les décisions à venir.

L'ordre suivi dans son argumentation est : la définition de l'enfant (Chapitre V), l'égalité (Chapitre VI), l'intérêt supérieur de l'enfant (Chapitre VII), le devoir de la famille, la société et l'Etat (Chapitre VIII), et enfin les procédures judiciaires ou administratives auxquelles participent les enfants (Chapitre IX).

Concernant l'âge de l'enfant, la Cour précise que l'on entend par enfant « toute personne qui n'a pas accompli dix-huit ans » reprenant ainsi la première partie⁵⁸¹ de l'article 1 de la CIDE. La Cour rappelle ensuite le principe de non-discrimination, principe qui avait été rappelé par la plupart des exposants. Elle admet une discrimination positive qui doit bénéficier à l'enfant. Elle souligne l'importance de « l'intérêt supérieur de l'enfant » notion largement utilisée par la CIDE en insistant sur la prise en compte « des caractéristiques particulières de la situation dans laquelle se trouve l'enfant ».

Elle rappelle qu'aux droits de l'enfant correspondent des obligations de l'Etat, de la famille et de la société la Cour.

L'argumentation de la Cour est également morale. Elle précise, en citant la Déclaration de 1924, que « l'humanité doit donner à l'enfant le meilleur d'elle-même comme un devoir qui se situe au dessus de toute considération de race, de nationalité ou de croyance⁵⁸² ».

⁵⁸⁰ CIDH, OC-16, 1er octobre 1999.

⁵⁸¹ Dix-huit ans étant l'âge légal de majorité dans les pays d'Amérique latine, il n'était pas nécessaire de reprendre la seconde partie de l'article 1 de la CIDE.

⁵⁸² OC 17, § 25.

C'est dans l'explication du vote du président de la Cour, le juge Cançado Trindade qu'apparaît l'expression « Corpus Juris des droits de l'enfant ». Le président de la Cour souligne sa progressive construction au cours du vingtième siècle et qualifie l'avis de la Cour « d'éloquente humanisation du droit international ».

Le raisonnement du juge Garcia Ramirez fait état des doctrines en cours et cite l'un des principaux doctrinaires García Méndez. Il distingue la doctrine de la situation irrégulière de la doctrine de la protection intégrale en se défendant de pencher pour l'une ou l'autre. Dans sa présentation, la Commission avait bien précisé que l'approbation de la CIDE représentait « la culmination d'un processus pendant lequel s'est construit le modèle ou doctrine de la protection intégrale des droits de l'enfant⁵⁸³ ». D'autre part, comme le signale justement l'Institut Interaméricain de l'Enfant⁵⁸⁴ les questions posées par la Commission « résument la portée de la doctrine de la situation irrégulière, qui, avant l'entrée en vigueur de la CIDE régissait la majorité des législations d'Amérique latine ». Il ajoute que l'avis consultatif 17 est un « effort d'interprétation intégrale de la CIDE ».

L'avis consultatif permet la conceptualisation d'un *Corpus Juris* des droits humains de l'enfant. L'avis de la Cour vient plus de dix ans après la ratification de la Convention des droits de l'enfant par les pays latino-américains. La Cour ne fait que rappeler les exigences contenues dans la Convention des droits de l'enfant. Aux treize énoncés de l'avis consultatif de la Cour correspond un article de la CIDE. Les formulations de la Cour sont soit plus vagues, soit plus précises que celles de la Convention. Parfois elles apportent des nuances.

B - Les treize points

La Cour conclut par treize points qui dans leur majorité font référence à la CIDE et consacrent la doctrine. De fait, à notre sens, l'avis émis par la Cour va dans la droite ligne de la doctrine de la protection intégrale. En effet si l'on reprend d'une manière exhaustive les treize points relevés par la Cour, on remarque, malgré l'interprétation de Mary Beloff, que la plupart confortent la Doctrine.

⁵⁸³ OC 17, § 20.

⁵⁸⁴ « Comentarios del Instituto Interamericano del Niño a la Opinión Consultiva Número 17 du 28 août 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño », CIDH, Venezuela, Juillet 2003.

1. *La réaffirmation de l'enfant comme sujet de droit est un acquis de la CIDE.* García Méndez parle de « la considération de l'enfance comme sujet de droit à part entière⁵⁸⁵ ». Cette nouvelle notion s'oppose à la notion du mineur comme objet de protection. Il s'agit donc là d'une claire référence à la nouvelle doctrine. L'expression « sujet de droit » concernant les enfants ne vient pas directement du texte des Nations Unies, mais des interprétations du texte international.

2. « *En insistant sur l'intérêt supérieur de l'enfant* » comme principe recteur pour l'élaboration et l'application de normes concernant les enfants, la Cour fait une référence explicite à l'article 3 de la CIDE⁵⁸⁶. Pour Miguel Cillero Bruñol,⁵⁸⁷ « le principe d'intérêt supérieur de l'enfant permet de résoudre les conflits de droit » en faveur de l'enfant.

3. *La Cour réaffirme le principe d'égalité* en signalant qu'il ne contredit pas des mesures spécifiques pour les enfants si, et si seulement, elles favorisent ces derniers. Cette discrimination positive envers les enfants est un point important de la CIDE qui dans le préambule souligne l'importance d'une « protection spéciale⁵⁸⁸ ». Cette interprétation est la même que Miguel Cillero Bruñol qui précise qu'en « vertu du principe d'égalité est reconnue l'existence de protection juridique et de droits spécifiques pour certains groupes de personnes, dont les enfants⁵⁸⁹ ».

4. *Le rôle de la famille* est mis en avant comme « lieu primordial pour le développement de l'enfant », mais également, la Cour souligne le rôle de l'Etat qui a le devoir de la renforcer et de la soutenir. La CIDE, dans son préambule, parle de la famille comme « unité fondamentale de la société ». La responsabilité de l'Etat envers la famille et plus particulièrement des

⁵⁸⁵ García Méndez (1997) p. 28.

⁵⁸⁶ Article 3 : « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

⁵⁸⁷ Cillero Bruñol (1999), p. 52.

⁵⁸⁸ Préambule de la CIDE: «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 ».

⁵⁸⁹ Cillero Bruñol (1999), p. 46.

enfants est également présente⁵⁹⁰. Pour Daniel O'Donnell, « un des aspects les moins commentés de la Convention est sa contribution au développement des droits fondamentaux de la famille, devant la société et l'Etat »⁵⁹¹.

5. *La Cour poursuit sa réflexion sur la famille* comme lieu naturel d'accueil pour l'enfant et envisage une possible séparation de l'enfant comme « exceptionnelle et de préférence temporelle ». L'article 9 de la CIDE va dans le même sens. Plus complet il précise que la séparation peut avoir lieu « ... sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables » et qu'elle « est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Cillero Bruñol parlera de caractère d'absolue exceptionnalité de séparation de l'enfant de son entourage⁵⁹².

6. *Lorsque la séparation se produit, l'Etat doit avoir des institutions* de bonne qualité (suffisantes, personnel ad hoc, moyens idoines, expérience dans le domaine). L'article 18-2-2 de la CIDE également demande aux Etats parties « la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants ». Ce concept de coresponsabilité et de substitution de l'Etat aux familles lorsque la séparation est nécessaire et décidée par un juge en fonction des normes légales est également mis en avant par les doctrinaires⁵⁹³.

7. *Comme la CIDE dans l'article 5.2.2* qui stipule que « Les Etats parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant ». La Cour souligne l'obligation des Etats pour qu'ils « adoptent les mesures nécessaires pour que l'existence des enfants se déroule dans des conditions dignes ». C'est le principe d'effectivité⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ Art. 18-2-2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les Etats 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.

⁵⁹¹ D. O'Donnell, « La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia, XIX Congrès Panaméricain de l'Enfant », IIN, Mexique, octobre 2004.

⁵⁹² O'Donnell (2004), p. 60.

⁵⁹³ Daniel O'Donnell (2004).

⁵⁹⁴ Voir page 201.

8. *La référence aux droits économiques et sociaux* et au devoir de l'Etat « d'adopter des mesures positives pour assurer la protection de tous les droits des enfants » fait référence à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵⁹⁵ (1966) également cité dans le préambule de la CIDE.

9. *Eviter que l'enfant subisse de mauvais traitements* est un autre devoir des Etats mis en avant par la Cour. C'est la traduction de l'article 18.3.1 de la CIDE⁵⁹⁶.

10. *La Cour précise le principe de légalité* : double instance de jugement, présomption d'innocence, audience contradictoire, droit à la défense. Ce principe fait écho à l'article 37.d⁵⁹⁷ de la CIDE.

11. *Séparer les enfants des adultes dans les procédures pénales* est un autre principe de la CIDE⁵⁹⁸. La Cour précise que cette séparation se reflète tant dans le fonctionnement des tribunaux que dans les mesures prises.

12. *Poursuivant sur la question des enfants en situation délictuelle*, la Cour distingue les cas qui relève du droit pénal des cas qui comme l'abandon, la maladie... doivent avoir un traitement différent qui également doit répondre au principe de légalité.

13. *Enfin la Cour ouvre la porte aux voies alternatives* (autres que pénales) dans la mesure où elles n'altèrent pas les droits des enfants. Cette invitation est prévue par l'article 40 b de la CIDE qui permet à l'Etat « De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés ».

⁵⁹⁵ Article 10 : « Les enfants et adolescents doivent être protégés contre l'exploitation économique et sociale ».

⁵⁹⁶ Les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation.

⁵⁹⁷ 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.

⁵⁹⁸ Article 37-c.

§ 2. - Consolidation d'une jurisprudence

L' Avis Consultatif 17 a été confirmé par d'autres décisions. Bien qu'elle consacre la notion de Corpus Juris du droit des enfants, elle est critiquée par les doctrinaires comme insuffisante. Peu de temps avant l' Avis Consultatif 17, nous avons vu que la Cour avait pris une première décision concernant cinq assassinats d'adolescents dont trois étaient mineurs au moment des faits, crime commis par la police guatémaltèque⁵⁹⁹. Le cas « Villagran Morales y otros versus Guatemala » était le premier qui a évoqué d'un *corpus juris* international de protection des droits des enfants.

Peu de temps après l'avis consultatif 17, la Cour a rendu une décision concernant la mort de David Bulacio de nationalité argentine à la suite de mauvais traitements dans un commissariat de police⁶⁰⁰. La décision de la Cour s'appuie largement sur l'OC 17 comme le signale dans l'explication de son vote⁶⁰¹ le Juge Sergio Garcia Ramirez : « Des principes et normes invoquées dans l'avis (OC-17) viennent un ensemble varié de règles qui contribuent à établir les standards internationaux dans cette matière ».

Dans ce sens également va la décision « Frères Gomez Paquiyauri versus Peru » du 8 juillet 2004 qui concerne l'assassinat en 1991 par les forces de police de deux mineurs. Agés de 14 et de 17 ans au moment des faits, ils ont été arrêtés par une patrouille de police le 21 juin 1991 mis dans le coffre de la voiture officielle et exécutés pendant le trajet. Les tribunaux péruviens ont sanctionné les auteurs matériels du crime, mais l'auteur intellectuel présumé n'a pas été jugé ni sanctionné. Dans le paragraphe 166, la Cour, de nouveau, fait référence à « l'important *Corpus Juris* International de protection des enfants qui lui sert pour fixer le contenu et les conséquences de la disposition générale contenue dans l'article 19 de la Convention américaine⁶⁰² ».

L'avis consultatif 17 contribue à la construction progressive d'une norme qui trouve son origine dans le droit international et à sa consécration dans le système interaméricain des

⁵⁹⁹ Voir page 222. CIDH, Caso Villagran, Morales y otros vs Guatemala, 19 novembre 1999, paragraphe 194.

⁶⁰⁰ CIDH, Caso Bulacio vs Argentina, 18 septembre 2003.

⁶⁰¹ Vote raisonné du juge Sergio Garcia Ramirez, paragraphe 11.

⁶⁰² Tout enfant a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat.

droits de l'homme. La réflexion faite par les doctrinaires est de mesurer en quoi la décision de la Cour ne cadre pas avec la doctrine qu'ils ont eux-mêmes élaborée. Mary Beloff, dans un article critique⁶⁰³ signale, une note de bas de page, sa contribution frustrée à l'élaboration de l'avis.

Les faits incriminés dans les cas de jurisprudence soumis à la Cour sont graves. Ils révèlent l'enjeu de la CIDE et la condition des mineurs pauvres du continent. Des escadrons de la mort au Brésil aux enfants engagés dans le conflit colombien, en passant par les milliers d'enfants déscolarisés ou n'ayant pas accès à un système de santé de qualité. De ce point de vue, le Corpus Juris de la Cour Interaméricaine doit être considéré comme un minimum juridique.

Un éclaircissement supplémentaire est donné par le président de la CIDH le Juge Cançado Trindade⁶⁰⁴ dans l'avis consultatif qui précisera que « c'est au cours du vingtième siècle que s'est articulé le Corpus Juris des droits de l'enfant dans le cadre du droit international des droits de l'homme, l'enfant conçu comme véritable sujet de droit ». Signalons enfin de nombreux sommets et réunions à caractère politique⁶⁰⁵ qui confirment la reconnaissance de la doctrine de la protection intégrale.

L'avis consultatif 17 est récent. Il vient après le bouleversement des législations latino-américaines concernant l'enfance. Il s'agissait, pour la Cour, d'unifier certains critères concernant l'enfance et le droit. La question qui se pose est maintenant, au-delà de la sanction morale d'un pays infracteur aux droits de l'enfant, est celle du mécanisme d'exécution des décisions de la Cour. De fait, l'exécution des recommandations et sanctions pécuniaires ou autres prononcées par la CIDH dépend de fait de la bonne volonté des Etats parties. L'article 68 de la CADH stipule que « les Etats parties s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où elles sont en cause ». Le règlement de la CIDH ne précise pas les modalités d'exécution des décisions. Il se limite dans l'article 16, qui a trait à la continuation du mandat des juges, à préciser que « tout ce qui concerne le dédommagement et les indemnités ainsi que la supervision de l'exécution des décisions de cette Cour est du ressort des juges qui la composent à ce stade de la procédure (...) ». Le règlement en appelle dans son article 24 à la coopération entre Etats. En outre, la Cour est chargée de surveiller l'exécution de ses décisions qui sont sans appel possible. Elle produit un rapport annuel où

⁶⁰³ Beloff (2004).

⁶⁰⁴ Vote raisonné du juge A.A Cançado Trindade, OC-17/2002 du 28 août 2002.

⁶⁰⁵ Consensus de Kingston (2000), Sommet des Amériques, Déclaration de Panama (2000).

elle fait part de l'état d'exécution de ces décisions, total, partiel ou nul. Nous avons vu que dans le cas « Villagran », l'Etat du Guatemala avait commencé à exécuter la décision de la CIDH. L'Etat a reconnu sa responsabilité et a indemnisé les victimes dans le cadre de l'article 48 de la CADH qui permet un règlement amiable. La Cour peut, en cas de non-respect de la décision par un Etat, prononcer une ordonnance d'exécution. La procédure d'exécution des arrêts de la Cour est une préoccupation pour son président. Le juge Trindade pouvait en effet déclarer ⁶⁰⁶qu'« il est impératif que les Etats parties à la Convention adoptent des mécanismes d'exécution des sentences de la Cour interaméricaine au plan interne ».

L'insistance sur l'effectivité témoigne de la préoccupation des rédacteurs du texte international. Nous avons signalé en introduction que cette question domine le débat sur les droits de l'enfant. Une fois défini le cadre juridique et les principes recteurs s'imposait aux rédacteurs du texte international le problème de sa mise en œuvre. C'est le point le plus débattu sur la scène latino-américaine.

⁶⁰⁶ A. Cancado Trindade, « La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme au seuil du XXIème siècle », *Actualité et Droit International*, février 2000. (en ligne) www.ridi.org/adi.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Né de la souffrance des enfants dans l'industrie du coton anglaise, le droit des enfants trouve sa véritable reconnaissance juridique dans la Convention de 1989. Présentée par la Pologne en mémoire à l'engagement de Janucz Korczak⁶⁰⁷, pédagogue et défenseur des enfants, la CIDE rencontre une large approbation non seulement des gouvernements qui la ratifient, mais également d'un grand nombre d'institutions, professionnels du droit, pédagogues, ONG... Le 20 novembre 1989 est approuvée à l'unanimité la Convention internationale des droits de l'enfant dont les cinquante-quatre articles donnent toute sa portée juridique aux droits des enfants.

Les principes qu'elle développe proposent au monde une nouvelle vision de l'enfance fondée sur son intérêt supérieur. Les Etats doivent selon l'article 2 de la CIDE prendre « (...) toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé (...) ». Les gouvernements latino-américains, inspirés du travail des juristes spécialisés et de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine de justice, prennent au sérieux la Convention. En moins de dix années, ils opèrent un bouleversement législatif sans précédent.

Les droits de l'enfant s'insèrent dans les constitutions. De nouveaux codes de l'enfant sont élaborés. Comme les législations anglaises du début du dix-neuvième siècle, il trouve peine à s'appliquer. Les rapports de l'UNICEF⁶⁰⁸ sur la situation des enfants dans le monde témoignent du fossé existant entre les principes de la Convention et la situation des enfants dans le monde.

Dans le monde oui, mais pas partout. Se dessine une carte de respect des droits de l'enfant qui pourrait presque se superposer à la carte géopolitique des rapports Nord Sud. Les droits sont respectés là où l'Etat a les moyens pour cela, avec une nuance de taille qui concerne les enfants aisés des pays pauvres. En d'autres termes, et pour l'écrire simplement, les enfants

⁶⁰⁷ Pédagogue polonais, considéré aussi comme l'un des pères de la Convention de 1924. Au cours de sa vie Korczak développera une liste de droits dont devraient bénéficier les enfants : droit à l'amour, au respect, de vivre, d'être lui-même, à l'erreur, d'être pris au sérieux, d'être apprécié, à l'éducation, de mourir prématurément, de converser intimement avec Dieu (...) in Jean Houssaye, Janusz Korczak, L'amour des droits de l'enfant, Hachette Education, Paris, 1999, p. 94 à 97.

⁶⁰⁸ Chaque année l'UNICEF publie un rapport intitulé *La situation des enfants dans le monde*. Pour *Le Monde Diplomatique* « Le rapport 2003 du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) apporte une nouvelle fois son lot de constats accablants », *Le Monde Diplomatique*, avril 2003, p. 31.

riches voient grosso modo leurs droits respectés, les pauvres non. Cette distinction n'est pas anodine. En effet, de nombreuses législations voyaient comme un délit le simple fait d'être un enfant errant ou vagabond. Être enfant pauvre est suspect, parfois délictueux. La Convention de 1989 marque un tournant, attribuant des droits aux êtres humains de moins de dix-huit ans, en faisant d'eux des « sujets de droit ». A défaut de mettre en place un mécanisme visant à les faire respecter, elle prévoit un comité qui observe leur application.

L'histoire de la protection des droits des enfants nous montre que l'intégration de la Convention dans les droits internes est une étape essentielle pour leur effectivité.

Texte pédagogique, la Convention de New York a besoin d'outils démocratiques pour être diffusée et d'outils juridiques pour être respectée. Cette double condition est indispensable. Elle reste insuffisante.

Malgré la refonte du droit des enfants dans l'ensemble des pays du continent la question de l'effectivité reste d'actualité. Près de quinze années après sa proclamation, la CIDE doit être évaluée. Impossibilité des Etats pour mettre en place les moyens d'assumer les droits économiques et sociaux des enfants ou vice dans la conception même du texte dont la portée serait plus morale que juridique ? La réponse des juristes latino-américains est claire. Si la CIDE ne s'applique pas, c'est en raison d'un certain nombre de freins juridiques et sociaux. Pour eux, le processus d'intégration aux droits nationaux n'est pas achevé. La corporation judiciaire s'érige dans certains pays en bastion du conservatisme. L'évolution de la culture juridique est un processus lent. De fait, la mise en œuvre de la CIDE se heurte toujours aux faits irréductibles et incontestables. Le bouleversement juridique n'a pas entraîné une amélioration notable de la situation des enfants. Le droit est trop sollicité, signalent alors les critiques. Les droits des enfants, tels qu'ils sont conçus dans le texte international, sont illusoire. Ce sont des droits souvent impossibles à mettre en oeuvre. En se multipliant, ils accentuent le hiatus entre les promesses du droit et la réalité du fait qui n'y répond pas. Inapplicables, ils produisent pourtant des effets. L'impact des droits de l'enfant imprègne la culture juridique et également une conception de l'Etat. La CIDE est contemporaine d'un questionnement sur l'Etat de droit. Son enjeu dépasse le cadre de l'enfance.

DEUXIEME PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE D'UN NOUVEL

INSTRUMENT JURIDIQUE

L'édifice nouveau qui abrite les droits des enfants est fragile. Il se heurte aux faits. Par une terminologie et une approche nouvelle, le droit des enfants, compris comme le droit reconnu par la société aux enfants, contourne l'enfance sans régler d'une manière significative les difficultés auxquelles elle est confrontée. Exige-t-on trop au droit ? Les fissures du Corpus Juris de l'enfance ont été signalées dès la ratification de la Convention. Y retourner nous permet de mettre en évidence les enjeux actuels du droit de l'enfance. L'enfant se trouve pris entre un (vieux) droit toujours présent et un (nouveau) droit qui n'est pas entré dans les mœurs. Si les critiques contre la CIDE ont été peu prises en compte dans le débat latino-américain, c'est parce que, pour les auteurs latino-américains, l'enjeu de la CIDE est la démocratie elle-même.

TITRE 1. - LE DROIT A L'EPREUVE DES FAITS

L'absence d'effets positifs à court terme des droits de l'enfant porte en elle le germe du discrédit de la CIDE dans les pays d'Amérique latine. Si les droits reconnus aux enfants n'ont pas un impact direct et rapide sur leur situation, alors à quoi servent-ils ? De fait, le nouvel arsenal juridique et social de la protection de l'enfance, plus de dix ans après l'entrée en vigueur de la CIDE n'a pas, malgré les apports de la doctrine, apporté la preuve irréfutable de son efficacité.

Le constat est partagé par l'ensemble des observateurs. Si dans certains domaines spécifiques tels que la réduction de la mortalité infantile ou la couverture en terme de vaccinations des progrès ont été fait, la situation des enfants en Amérique latine est préoccupante. Le monde sait ce qu'il faut faire, le monde peut le faire et le monde ne le fait pas. Les réflexions doctrinales se situent toujours en marge de ce constat. Persuadés de la force intrinsèque de la Convention, les juristes se limitent à réclamer son application ou à proposer des solutions techniques pour faciliter son adéquation aux droits nationaux. Les gouvernements absorbent le discours des droits de l'enfant sans qu'il ait une influence significative sur leurs impératifs sécuritaire et économique. Les avancées du droit ne se traduisent pas par une évolution substantielle de la condition des enfants.

SOUS-TITRE 1. - LE PARADOXE STUPEFIANT⁶⁰⁹

L'expression « paradoxe stupéfiant » est de Claire Brisset, défenseur des enfants en France et liée à l'UNICEF. C'est une expression utile. Elle oppose la réalité des conditions de vie d'un grand nombre d'enfants aux indéniables progrès du droit. Brisset, militante des droits de l'enfant, sous-entend par ces termes un scepticisme légitime lié à leur faible effectivité. Il ne s'agit pas, pour elle, d'une remise en question, mais d'une question. Comment les droits peuvent-ils contribuer à l'amélioration de la condition des enfants ?

Les abus touchant les enfants soldats, les enfants abusés sexuellement ou encore les enfants au travail ont donné lieu à de nombreuses déclarations et textes de lois inspirés des principes de la CIDE. Tous dénoncent les injustices commises envers les enfants et tous proposent des mesures de protection. Le schéma est similaire pour les droits économiques et sociaux. Ce paradoxe est stupéfiant en raison du décalage qu'il met en évidence mais également en raison de l'effet de tolérance devant l'inacceptable induit par l'omniprésence d'un droit revendicatif.

⁶⁰⁹ L'expression est de Claire Brisset, *Un monde qui dévore ses enfants*, Liana Levi, Paris, 1997, p. 46.

CHAPITRE 1. - LA SOCIETE « ENFANTIVORE »

Les faits se moquent du droit proclame Eduardo Galeano⁶¹⁰ en introduction de son chapitre sur la situation des enfants en Amérique latine. Ils se disputent les restes de nourriture avec les vautours à Mexico City⁶¹¹, ils sont des taupes dans les galeries des mines du Pérou⁶¹², ils récoltent le café en Colombie⁶¹³, ils sont inondés de pesticides dans les plantations de coton du Nicaragua ou les bananeraies du Honduras⁶¹⁴, ils vendent des fruits sur les marchés de Bogotá, ils lavent les pare-brises à Lima, Quito⁶¹⁵ ou au Salvador, ils nettoient les chaussures à Caracas, ils fabriquent des ballons de football en Haïti, ils sont recrutés par l'armée en Colombie⁶¹⁶, ils vendent leur corps au Brésil⁶¹⁷... Cette liste des droits bafoués se retrouve, s'étaye dans divers rapports tant des organismes officiels que des ONG. Nous avons choisi cette courte fresque de l'écrivain uruguayen pour la décrire. Elle n'est ni complète, ni scientifiquement fondée. Elle nous suffit néanmoins pour introduire ces droits qui n'en sont

⁶¹⁰ E. Galeano, *Patas arriba*, Siglo Veintinuno, 6ème édition, Mexique 2001, p. 11.

⁶¹¹ G. Algar, « Los pepenadores de Mexico DF », Agencia de información Solidaria, 24 juin 2004. L'auteur signale les graves problèmes de dénutrition des enfants mexicains de la capitale qui « ramassent les déchets de nourritures dans le marché central. ».

⁶¹² Un communiqué de l'OIT du 5 juillet 2004 précise qu'il suffit de visiter n'importe quelle mine artisanale pour trouver des enfants âgés de plus de 12 ans qui travaillent à l'intérieur des galeries.

⁶¹³ Selon le rapport du CLADEHT, 25/29 septembre 1995, dans les régions de Caldas et Risaralda où l'on cultive le café, le pourcentage d'enfants travailleurs occupés dans des activités domestiques ou agricoles varie entre 73 et 80 %. Ces chiffres de 1995 sont confirmés par le bureau de l'UNICEF en Colombie qui signale qu'en zone rurale, on remarque que 87 % des garçons et 50 % des filles de dix à onze ans travaillent dans les champs. Pour l'OIT sur les 15 millions d'enfants qui travaillent en Amérique latine et dans les Caraïbes, 56 % le font dans le secteur agricole et ont entre cinq et sept ans.

⁶¹⁴ Au Honduras, selon l'OIT 56 % des 356 000 enfants qui travaillent le font dans le secteur agricole. Institut National de Statistiques, Enquête permanente des foyers à usage multiple, Módulo de Trabajo Infantil, 2002. Les statistiques en pourcentage sont les mêmes pour le Nicaragua avec 253 000 enfants.

⁶¹⁵ En Equateur, il y a un million deux cent mille enfants qui travaillent dans les principales villes, comme cireurs de chaussures, vendeurs de pâte à mâcher ou de fleurs, lavant les pare-brises ou simplement en demandant une pièce, La Hora, Quito, Equateur, 25 octobre 2004.

⁶¹⁶ Juan Lucas, « Los niños soldados, un crimen de guerra », *Agencia de información solidaria*, 20 novembre 2003. L'auteur précise qu'en Colombie, 14 000 enfants participent aux hostilités.

⁶¹⁷ Selon une étude de l'UNICEF il y aurait plus de 800 000 jeunes filles mineures prostituées au Brésil, *Cronica el Mundo*, 3 mars 2002.

sans doute pas au sens classique du terme et qui résistent mal à l'épreuve des faits. Des abus aux manquements, la réalité de la situation des enfants devient une zone de non-droit.

Section 1. - Abus notoires

Notre objet n'est pas ici de faire un tableau de la situation des enfants en Amérique latine, mais plutôt de mettre en évidence la complexité de la tâche qui est prêtée à la CIDE. Il s'agit plus précisément de pointer le décalage entre les droits des enfants et la situation des enfants. Les questions de l'enfant travailleur, de l'enfant soldat et de l'enfant exploité sexuellement montrent que les progrès du droit dans ces domaines ne se reflètent pas mécaniquement par une amélioration sensible de leur condition d'enfants exploités.

§ 1. - L'enfant au travail : le cas du Pérou⁶¹⁸

La question du travail des enfants porte en elle de nombreuses polémiques. La première concerne les chiffres. Ce secteur est informel, d'où la difficulté de disposer de statistiques fiables. La deuxième concerne la définition. Qu'entend-on par travail des enfants ? Un enfant qui aide ses parents dans un petit commerce doit-il entrer dans les statistiques de la même manière qu'un autre, lui, vendeur de rue ? Quels que soient les chiffres ou les définitions retenues, le phénomène est en expansion. Les règles de droit qui tentent de l'encadrer également.

A - Un phénomène qui s'amplifie

Les chiffres concernant le travail des enfants sont par définition discutables en raison de la difficulté de cerner ce secteur économique, de la crainte de donner des informations de la part

⁶¹⁸ Pour une étude détaillée du travail des enfants au Pérou : *Trabajo infantil en los países andinos, Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru y Venezuela*, OIT, 1995, p. 60 à 73.

des employeurs (parents ou tiers) qui redoutent des sanctions. De même les activités « secondaires » ne sont pas toujours considérées par les employeurs comme un travail, comme les enfants qui aident leurs parents dans un petit commerce, ou les jeunes filles, de moins de dix ans, qui se chargent de garder les plus petits.

En 1993, selon le recensement national, il y avait au Pérou 497 032⁶¹⁹ enfants entre six et dix-sept ans qui travaillaient dans le secteur informel, dont 175 022 de moins de quatorze ans. Aujourd'hui, les chiffres ont été multipliés par quatre. Il y aurait, au Pérou, 1 833 000 enfants qui travaillent, dont 250 000 employés dans des travaux jugés dangereux.

Les activités commerciales « consommatrices d'enfants » sont : la vente de fruits et légumes, vente de bonbons, travaux dans des ateliers (confection, ébénisterie...), vente de journaux, cireurs de chaussures, poinçonneurs d'autobus, travaux dans les mines et carrières, porteurs dans les marchés, travaux domestiques chez des tiers, vente de produits dans les ports et terminaux, sans compter les activités qui relèvent d'une autre illégalité : prostitution, vente de drogue...

La définition du travail des enfants a donné lieu à de nombreux débats en particulier touchant le thème de la rémunération. En règle générale, les statistiques incluent le travail dans la famille non rémunéré. De même coexistent des points de vue antagoniques⁶²⁰ concernant le traitement du travail des enfants. Pour certains⁶²¹, le travail des enfants doit être éliminé, pour d'autres⁶²² c'est un droit dont l'élimination n'est donc pas réclamée ; enfin, une dernière position⁶²³ consiste à essayer d'améliorer les conditions de travail des enfants sans se prononcer sur le fond. Notre référence sur ce débat est l'article 32-1 de la CIDE qui prévoit que « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social. » En d'autres termes, et tel que le prévoit l'article 32-2, l'effort de chaque pays signataire de la CIDE et du Pérou en particulier doit tendre vers une diminution

⁶¹⁹ INEI, Recensement Nacional de la population 1993.

⁶²⁰ Le débat concernant les positions autour du travail des enfants est développé dans: Alarcón, W, « Enfoques de política en torno al trabajo de niños y adolescentes en América Latina », en *Realidad & Utopía* n°1, Lima, 1996.

⁶²¹ C'est la thèse de la doctrine de la protection intégrale.

⁶²² C'est la thèse des mouvements d'enfants travailleurs.

⁶²³ C'est la thèse de nombreuses ONG.

du travail des enfants, ou bien, pour être plus précis, vers une amélioration de la protection de l'enfant devant le travail. Or depuis la signature de la CIDE, c'est le contraire qui se produit. Pourtant au Pérou, devant le phénomène des enfants au travail, et fort du nouveau droit des enfants, le gouvernement a mis en marche au début des années 1990 une série d'actions dans le but de favoriser la réintégration de ces enfants dans leurs familles et dans l'école. Ces actions s'inscrivaient dans le cadre de la Convention 138 de l'OIT et dans le cadre de l'article 32 de la CIDE. L'Institut national du bien-être de la famille (INABIF) et les municipalités étaient en charge de l'exécution de ces programmes en lien avec les ministères de la justice, de l'éducation et du travail. Les principes qui ont guidé ces actions étaient : la réintégration des enfants dans leurs familles, la défense des droits de l'enfant, l'accès à la santé, à la formation, à l'alimentation et la protection des plus faibles. Les moyens définis étaient d'ordre législatif (assistance juridique), informatif (campagne de diffusion nationale), social (centre d'accueil), et citoyen (engagement des communautés concernées). Dix années après la mise en marche de ces plans, la directrice du GIN (Groupe d'initiative nationale pour les droits de l'enfant), Doris Portocarrero, dans un communiqué de presse⁶²⁴ du 10 juin 2004 continuait de réclamer l'application des directives 138 et 182 de l'OIT⁶²⁵ sur l'âge minimum d'admission au travail et sur l'élimination des pires formes de travaux des enfants, ratifiées par l'Etat péruvien. Elle demande également le respect du plan national d'action pour l'enfance et l'adolescence.

B - Encadrement juridique

La Constitution politique du Pérou prévoit dans son article 23 la protection de l'enfant qui travaille. Cette disposition est renforcée par le Code des enfants et adolescents de 1992⁶²⁶ et

⁶²⁴ D. Portocarrero, directrice du Grupo de Iniciativa Nacional Por Los Derechos del niño, GIN, *communiqué de presse*, 10 juin 2004. (en ligne) <http://www.redlamyc.info>.

⁶²⁵ La convention 138 de l'OIT cherche l'élévation progressive de l'admission à l'emploi (15 ans), fixe l'âge minimal pour réaliser des travaux dangereux à 13 ans, signale la nécessité d'adopter des mesures pour assurer les meilleures conditions pour le développement physique et moral des enfants. La convention 182 vient en complément. Elle cherche l'interdiction et l'élimination immédiate des pires formes de travail des enfants en promouvant leur qualification pénale et en laissant aux Etats le soin de déterminer les types de travaux dangereux.

⁶²⁶ Articles 19, 22, 40.

par les politiques publiques fondées sur ces textes. Le plan national d'action pour l'enfance (1996-2000) prévoyait l'élimination progressive du travail des enfants et l'éradication des travaux dangereux effectués par les adolescents.

De fait, l'arsenal juridique développé tant sur le plan international (UNICEF, OIT) que sur le plan national (Constitution, Code des enfants et adolescent), relayée par une politique nationale clairement exprimée ne parvient pas à endiguer la tendance à la hausse du travail des enfants péruviens constatée tant par les ONG que par les rapports officiels⁶²⁷.

Au niveau du continent et selon l'OIT, 13 % des enfants travaillent, soit environ un enfant sur cinq, « bien que les pays aient ratifié les principaux instruments internationaux et les aient intégrés à leur législation nationale⁶²⁸ ». L'OIT, tout en promouvant l'application des textes internationaux, ne signale pas que la qualité juridique des textes visant à la protection de l'enfant qui travaille ou à l'élimination du travail des enfants ait un lien quelconque avec le travail réel de l'enfance péruvienne. Dans ces conclusions, le document de l'OIT signale que le taux de travail des enfants doit être mis en relation avec divers indicateurs socioéconomiques tel que l'indice de pauvreté, l'indice de développement humain, l'investissement public dans l'éducation... Il existe, conclut le document de l'OIT « une étroite relation positive entre le taux de travail des enfants à abolir et l'indice de pauvreté ». Le droit à la protection de l'article 32 de la CIDE, notion controversée, n'est donc pas effectif pour des centaines de milliers d'enfants qui sont précisément ceux pour lesquels ces textes ont été conçus.

Dans un mémoire de DEA⁶²⁹, particulièrement détaillé sur les législations concernant le travail des enfants, Gwenola de Gérard concluait : « Nous avons pu constater que les instruments internationaux destinés à combattre l'exploitation économique des enfants n'ont cessé de se multiplier au cours de ce siècle. Et malgré cela, à l'aube du nouveau millénaire, le bilan est peu concluant : la communauté internationale a eu beau dénoncer de manière de plus en plus virulente le travail des enfants, notamment sous ses pires formes, le droit international s'est révélé impuissant à résoudre le problème⁶³⁰ ».

⁶²⁷ G. Eijkemans, W. Varillas Vilchez, Organización Panamericana de la Salud, *Los heroes cotidianos: la salud de los trabajadores en el Peru: situación y perspectivas*, Organización Mundial de la Salud, Lima, 1998.

⁶²⁸ Collectif, *Panorama Laboral 2004*, OIT, 2004, p. 82.

⁶²⁹ G. de Gerard, *Le travail des enfants et le droit international*, DEA de droit international et organisations internationales, sous la direction de J.M. Eisemann, Université de Paris I, 2000.

⁶³⁰ Gerard (2000), p. 102.

Le fait se moque du droit. En effet, le parallélisme entre l'amélioration des textes et la réalité du travail des enfants aboutit à un paradoxe dangereux qui contribue à la perte de crédibilité du droit par la multiplication des outils de protection. Le développement exponentiel des normes limitant et encadrant le travail des enfants ne parvient pas à endiguer ou réduire le phénomène. Il serait trop rapide de conclure à une inutilité du texte. En revanche, il convient de s'interroger davantage sur sa fonction et sur les effets qu'il produit.

§ 2. - L'enfant soldat⁶³¹ : le cas de la Colombie.

Aussi dramatique sans doute, mais moins massif en Amérique latine qu'en Afrique, le problème des enfants soldats met en évidence plus clairement peut-être les limites du droit. Les efforts du droit deviennent dans ce cas presque indécents tant il se révèle impuissant, surtout auprès des formations militaires les plus faibles, à diminuer leur nombre.

A - Les faits

Dans un rapport de 2003 intitulé « tu apprendras à ne pas pleurer », l'ONG Human Right Watch estimait à onze mille le nombre d'enfants soldats en Colombie⁶³². Un combattant sur quatre, précise le rapport, est un enfant. Un enfant combattant sur trois est une fille⁶³³. Les chiffres ne sont guère remis en question. Ils incluent les enfants qui participent directement ou indirectement aux hostilités. De son côté, la Coalition pour mettre fin à l'utilisation des enfants soldats⁶³⁴ évalue à quatorze mille le nombre d'enfants enrôlés, la moitié dans les Forces armées révolutionnaires colombiennes (FARC), et l'autre moitié dans l'ensemble des

⁶³¹ Pour une vision globale de la question des enfants soldats en Amérique latine incluant des propositions de politiques publiques sur ce thème, voir: Collectif, *Niños, niñas y adolescentes involucrados en conflictos armados*, Instituto Interamericano del Niño, document de travail dans le cadre du plan stratégique IIN 2000-2004, Montevideo, 2002.

⁶³² Collectif, « Aprenderás a no llorar: Niños Combatientes en Colombia », HRW, 2002.

⁶³³ Communiqué de presse, ADITAL, 3 juin 2004.

⁶³⁴ Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, *Child Soldiers Global Report*, 2004.

autres troupes belligérantes, incluant l'Armée nationale. Les enfants sont utilisés comme soldats en combat ou pour poser des mines, informateurs, gardiens, messagers, démineurs. Beaucoup sont volontaires, les autres intégrés de force et proviennent toujours de familles économiquement très défavorisées. L'âge moyen de l'entrée effective dans le conflit est de 13,8 ans. 60 % des enfants signalent avoir été enrôlés entre 7 et 14 ans⁶³⁵. La principale motivation des enfants, dont certains ont moins de douze ans, est le salaire. D'autres sont enrôlés de force sans rétribution. Le gouvernement colombien reconnaît le problème, diminue les chiffres, et dit avoir répondu « de manière immédiate en termes législatifs qui interdisent les relations entre des mineurs et des groupes armés, et par l'élaboration et la mise en marche de programmes spécifiques⁶³⁶ ».

La participation des enfants au conflit armé entraîne la violation de nombre de ces droits. Le droit à la vie⁶³⁷ d'abord, et plus particulièrement le droit à l'intégrité physique est bafoué directement par les combats et indirectement par leur recrutement dans les forces armées. Le droit à l'éducation, le droit à la protection spéciale... sont, pour ces enfants, pour l'instant, des chimères.

B - Les faits et le droit

Le rapport de HRW conclut sur les normes internationales régissant la question des enfants soldats⁶³⁸. De l'article 38 de la CIDE qui interdit la participation directe des enfants de moins de quinze ans dans les conflits armés à la Convention 182 de l'OIT interdisant les pires formes de travail des enfants, dont l'enrôlement forcé dans les forces armées en passant par le nouveau protocole facultatif à la CIDE⁶³⁹ qui élève l'âge minimum de recrutement et de

⁶³⁵ UNICEF, « La niñez y sus derechos, La niñez en el conflicto armado colombiano », *Boletín* n°8, UNICEF, Defensoría del Pueblo, 2002, p. 36.

⁶³⁶ Collectif, *Estudio sobre violencia contra los niños, cuestionario solicitado por la secretaria general de las naciones unidas*, República de Colombia, Ministerio de la Protección Social Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Dirección de Evaluación. Bogotá, 30 juillet 2004, p. 129.

⁶³⁷ Article 6 de la CIDE.

⁶³⁸ HRW (2002), chapitre XVI, p. 87 à 90.

⁶³⁹ Le protocole a été signé par la Colombie le 6 septembre 2000, mais n'a pas encore été ratifié.

participation à des hostilités de quinze à dix-huit ans, les conventions internationales ont développé, des dispositions précises et rigoureuses auxquelles la plupart des pays d'Amérique latine, dont la Colombie, ont souscrit. La succession des dispositions est reprise par le directeur du Haut Commissariat pour les droits de l'homme en Colombie⁶⁴⁰. Il se réfère dans un premier temps au deuxième protocole additionnel aux accords de Genève sur la protection des enfants en cas de conflit armé, puis à la CIDE⁶⁴¹ ratifiée par la Colombie et dont le gouvernement en 1991 avait formulé une déclaration déterminant que l'âge minimum pour être recruté dans les forces armées était de dix-huit ans, au lieu des quinze ans recommandé par la Convention. Ces dispositions internationales ont été intégrées au droit interne⁶⁴². De même, ajoute Michael Fröling, le statut de la Cour Pénale Internationale, approuvé en 2002 par la Colombie détermine que l'utilisation de mineurs de moins de quinze ans pour des conflits armés est un crime de guerre. « Malheureusement, conclut l'expert onusien, malgré les interdictions formulées par les normes d'ordre international et national, les garçons et les filles continuent de participer dans les hostilités ».

De nouveau le fait s'impose et l'impact de la législation contre le phénomène des enfants soldats reste faible.

§ 3. - L'exploitation sexuelle des enfants

« L'exploitation sexuelle commerciale des enfants est une violation fondamentale des droits de l'enfant⁶⁴³ » dénonce le paragraphe 5 du premier Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants qui réunissait 122 pays ainsi que plusieurs agences des Nations Unies et de nombreuses ONG. La prostitution et la pornographie infantile, les trafics d'enfants et le tourisme sexuel sont devenus des thèmes d'actualité à la fin des années quatre-vingt-dix.

⁶⁴⁰ M. Fröling, *Notas sobre niños y conflicto armado*, Haut Commissariat pour les Droits de l'homme, 12 juin 2003.

⁶⁴¹ Article 32 -2 déjà cité.

⁶⁴² La loi 418 de 1997 et loi 548 de 1999 qui interdisent le recrutement des moins de dix huit ans.

⁶⁴³ Déclaration et programme d'action, premier Congrès mondial contre l'Exploitation sexuelle commerciale des enfants, Stockholm, Suède, 27-31 août 1996, paragraphe 5.

En Amérique latine des 40 millions d'enfants abandonnés, 65 % se retrouvent confrontés à l'exploitation sexuelle⁶⁴⁴. Là encore, de nombreux textes protègent ces enfants-là : la Convention sur l'esclavagisme de 1926, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, La Convention de 1951 pour les réfugiés et le protocole de 1967, la Convention contre la discrimination de la femme de 1981, les accords 138 de 1976 et 182 de 1999 de l'OIT et l'article 34 de la CIDE qui précise que « les Etats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle ». De nombreux engagements internationaux également protègent les enfants : Congrès de Stockholm en 1996, Congrès Régional de Montevideo en 2001, Congrès de Yokohama en 2001. Les droits internes ont intégré ces dispositions. De fait, de nombreux pays d'Amérique latine se sont dotés d'une législation spécifique : Bolivie⁶⁴⁵, Brésil⁶⁴⁶, Costa Rica⁶⁴⁷, Equateur⁶⁴⁸ Guatemala⁶⁴⁹, Honduras⁶⁵⁰, Panama⁶⁵¹, République Dominicaine⁶⁵². A la litanie des maux fait écho la litanie des textes. Les trois principaux types d'exploitation des enfants latino-américains, au travail, dans les forces armées, dans le commerce sexuel l'enfant ont lieu parallèlement à l'explosion des textes les protégeant. « D'un côté, l'enfant est malmené sur la planète comme il ne l'a sans doute jamais été (...). De l'autre coté, jamais ses droits n'ont été aussi clairement affirmés⁶⁵³ » s'étonne Claire Brisset en parlant du plus stupéfiant des paradoxes dans un court livre qui passe en revue les violations fondamentales aux droits des enfants : l'esclavage, la

⁶⁴⁴ Les données sont issues de : *La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en América Latina*, documents de travail, IIN, 2003.

⁶⁴⁵ Code du Mineur, Loi 1403/92 article 177-3.

⁶⁴⁶ Statut de l'Enfant et de l'Adolescent, Loi 8069/90, article 130, 240 et 241.

⁶⁴⁷ Code de l'Enfance et de l'adolescence, Loi 7739/98.

⁶⁴⁸ Code des Mineurs, article 248 et Loi 170/92, Loi 2766/95.

⁶⁴⁹ Code de l'enfant et de la jeunesse, Decret 78/96, section IV, article 52 et section VIII article 58.

⁶⁵⁰ Code de l'enfant et de l'adolescent, Decret 287/98, titre II, chapitre I article 139.

⁶⁵¹ Code de la Famille, Loi 3/94, titre III, article 501.

⁶⁵² Code pour la protection des enfants et adolescents, article 121 et 174.

⁶⁵³ Brisset (1997), p. 46.

guerre, le commerce sexuel, la maltraitance, la discrimination envers les petites filles...
« Pourquoi un tel scandale⁶⁵⁴ ? » conclut l'auteur sans toutefois apporter de réponse.

Section 2. - Manquements notoires

Les droits de la CIDE ne s'opposent pas tous à des abus notoires. De nombreux droits s'inscrivent en contraste à des manquements notoires. C'est le cas du droit à l'éducation, du droit à la santé, du droit à l'alimentation, classifiés généralement dans la catégorie des droits culturels, économiques et sociaux.

§ 1. - Le droit à l'alimentation

Evoquer le droit à l'alimentation dans un continent où plus de vingt pour cent des enfants présentent un degré modéré ou grave de dénutrition n'est pas qu'une question juridique. A la malnutrition de l'enfant succède la courbe de l'insuffisance pondérale de l'adulte. Des enfants mal nourris conduisent irrémédiablement une population adulte en mauvaise santé tant physique que mentale. En interprétant un besoin vital en droit, la CIDE fait le pari politique qu'une exigence juridique est utile pour réduire la faim.

A - Droit ou besoin vital ?

Les droits sociaux ont plus de peine à s'imposer que les droits civils. Proclamer le « droit à l'alimentation », comme un droit de l'enfant exigible et un devoir des parents et de l'Etat, a, également, un impact limité sur la situation réelle des enfants. Le droit à l'alimentation ne nourrit pas les enfants. L'exemple de ce droit illustre le caractère fragile de la CIDE. Cet

⁶⁵⁴ Brisset (1997), p. 71.

euphémisme est utilisé à dessein dans le sens où la Convention est fragile en elle-même, mais également dans le sens où la situation réelle des enfants dans le monde la fragilise.

Le mal nommé « droit à l'alimentation », qui est plus un besoin vital qu'un droit, est tiré des articles 24 et 27 de la Convention. L'article 24 parle du « droit de jouir du meilleur état de santé possible » et en particulier de l'obligation pour l'Etat partie de « lutter contre la malnutrition ». L'article 27-1 reconnaît « le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social ». Le « droit à l'alimentation » n'est pas explicitement nommé, mais logiquement inclus dans les dispositions citées ci-dessus. De fait, l'irruption de ce droit sur la scène juridique n'a pas bouleversé la situation.

Concernant l'Amérique latine, « l'incidence de la malnutrition reste identique à ce qu'elle était il y a vingt ans⁶⁵⁵ ». Ce sont les paroles de Jacques Diouf, directeur de la FAO, qui reconnaît que les progrès faits dans le Cône Sud contrastent avec la situation de l'Amérique Centrale et des Caraïbes.

Dans l'avant-propos du traditionnel rapport de l'UNICEF⁶⁵⁶ sur la situation des enfants dans le monde, le secrétaire général des Nations Unies écrivait en 1998 : « plus de deux cents millions d'enfants⁶⁵⁷ de moins de cinq ans sont dénutris dans les pays en développement ». Il terminait son introduction en soulignant que « le monde sait ce qu'il faut faire pour mettre fin à la malnutrition ». Le rapport de cette même agence des Nations Unies de l'année 2003 ne parle plus de malnutrition sauf pour donner l'exemple de programmes contre la malnutrition en Corée du Nord et en Ethiopie⁶⁵⁸. Le rapport de 2003 n'inclut d'ailleurs pas la malnutrition de manière explicite dans les priorités 2002–2005. Il se cantonne à signaler qu'il faut que « chaque jeune enfant ait toutes les chances de survivre et bénéficie des conditions nécessaires à un bon départ dans la vie ». Pour Jacques Diouf, directeur général de la FAO dans l'avant-propos du traditionnel rapport sur la faim dans le monde⁶⁵⁹ « il semble que le nombre des personnes sous-alimentées dans le monde en développement ait cessé de fléchir ». Le rapport

⁶⁵⁵ Allocution du Directeur Général, 27ème Conférence Régionale de la FAO pour l'Amérique Latine, La Havane, 22-26 avril 2002.

⁶⁵⁶ UNICEF, La situation des enfants dans le monde, UNICEF, 1998, Avant propos.

⁶⁵⁷ Nous utiliserons exclusivement des chiffres issus de documents des Nations Unies (FAO, CEPAL, UNICEF).

⁶⁵⁸ UNICEF, (2004), p. 5 à 6.

⁶⁵⁹ FAO, *L'Etat de l'insécurité alimentaire dans le monde*, FAO, 2003, Avant propos.

montre qu'il a globalement peu changé depuis une quinzaine d'années. Le directeur poursuit son introduction en disant : « pourquoi avons-nous permis que des centaines de millions de personnes aient le ventre vide dans un monde qui produit de la nourriture en quantité plus que suffisante pour chacun d'entre nous, hommes, femmes et enfants ? ». En résumé, en cinq ans le monde fait le même constat et se pose la même question.

B - Aspiration ou droit

Le problème n'est pas ici de nier les progrès effectués ou de mettre en évidence les zones d'ombre de ces rapports, mais à nouveau de contraster l'ampleur du phénomène avec les dispositions juridiques visant à y mettre « fin ».

Selon la CEPAL, 21 % des enfants en Amérique latine présentent une dénutrition chronique modérée ou grave⁶⁶⁰ dont les effets négatifs, surtout pour les enfants les plus jeunes, sont irréversibles. Seuls trois pays ont un pourcentage de dénutrition de la population infantile proche ou inférieur à 5 % (Chili, Costa Rica, Trinidad y Tabago)⁶⁶¹. Dans certains autres, le chiffre atteint plus de 20 % (Bolivie, Honduras, Nicaragua, République Dominicaine, Haïti). Pour la CEPAL, un groupe réduit de pays (Argentine, Chili, Jamaïque et Uruguay) atteindra probablement l'objectif exigeant qui a été établi lors du Sommet mondial sur l'Alimentation de la FAO en 1996. Il consiste à réduire à la moitié le nombre (et pas seulement la proportion) de personnes dénutries pour l'année 2015⁶⁶². Le Sommet consacre également le droit à l'alimentation, sous-entendu, nous l'avons vu dans les articles 24 et 27 de la CIDE, par ces mots : « Nous, Chefs d'Etat et de gouvernement, ou nos représentants, réunis pour le Sommet mondial de l'alimentation à l'invitation de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, réaffirmons le droit de chaque être humain d'avoir accès à une nourriture saine et nutritive conformément au droit à une nourriture adéquate et au droit

⁶⁶⁰ Collectif, *Panorama Social de l'Amérique latine 2002-2003*, CEPAL, p. 84.

⁶⁶¹ CEPAL (2003), p. 88.

⁶⁶² « Nous proclamons notre volonté politique et notre engagement commun et national de parvenir à la sécurité alimentaire pour tous et de déployer un effort constant afin d'éradiquer la faim dans tous les pays et, dans l'immédiat, de réduire de moitié le nombre des personnes sous-alimentées d'ici à 2015 au plus tard », Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire mondiale, Sommet Mondial de l'Alimentation, Rome, novembre 1996.

fondamental de chacun d'être à l'abri de la faim ». La CEPAL s'en fait écho dans le document cité en évoquant l'alimentation comme un droit de l'homme⁶⁶³ citant le pacte international des droits économiques et sociaux qui prévoit dans son article 11 que « les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisant, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence⁶⁶⁴ ». Le droit à l'alimentation ainsi défini est largement reconnu par l'ensemble des pays latino-américains⁶⁶⁵. Pour des millions d'enfants en Amérique latine et malgré l'effort de la communauté internationale, et les efforts nationaux, dont le plan « Faim zéro » du président brésilien Lula est l'exemple le plus symbolique, le droit à l'alimentation ne s'applique pas. Les enfants concernés aujourd'hui n'attendront pas 2015.

Jean Ziegler, spécialiste de la question milite pour la justiciabilité du droit à l'alimentation⁶⁶⁶ : « Il est intolérable que nous laissions toutes les sept secondes un enfant âgé de moins de 10 ans, quelque part dans le monde, mourir de faim directement ou indirectement (...) Pour faire du droit à l'alimentation une réalité, il faut établir pleinement sa justiciabilité ». Rappelons que les principes d'effectivité et de priorité absolue sont des socles de la CIDE.

Concernant le principal frein à la justiciabilité, le rapporteur spécial met l'accent sur les « contradictions internes profondes au sein du système des Nations Unies ». D'un côté, la primauté de la « justice sociale et des droits de l'homme » est mise en avant par l'UNICEF, le PNUD, la FAO, le PAM et de l'autre, des institutions telles que le FMI, la Banque Mondiale et le gouvernement des Etats-Unis mettent « l'accent sur les mesures de libéralisation, de déréglementation, de privatisation et de réduction du budget national des Etats, modèle qui, dans de nombreux cas, accentue les inégalités »⁶⁶⁷. Les Etats-Unis ont voté contre le rapport

⁶⁶³ CEPAL (2003), p. 86.

⁶⁶⁴ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, Entrée en vigueur: le 3 janvier 1976.

⁶⁶⁵ Au 10 janvier 2003, selon le Haut Commissariat aux Droits de l'Homme : Antigua et Barbuda, Bahamas, Cuba, Haiti, Sainte Lucie, Saint Kitts et Nevis ne l'ont pas signé, Belice l'a signé, mais ne l'a pas ratifié.

⁶⁶⁶ *Le droit à l'alimentation* : Rapport présenté par M. Jean Ziegler, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, conformément à la résolution 2001/25, de la Commission des droits de l'homme Conseil Economique et Social, Commission des droits de l'homme, cinquante-huitième session Nations Unies, E/CN.4/2002/58, 10 janvier 2002, point 126 et 127.

⁶⁶⁷ Ziegler (2002), Paragraphe 138.

Ziegler au motif que « le droit à l'alimentation correspond aux politiques nationales de croissance et d'ouverture des marchés ».

D'une manière plus générale⁶⁶⁸, le Comité des droits de l'enfant a critiqué, à plusieurs reprises, la politique excessivement libérale comme un frein à l'épanouissement des droits de l'enfant⁶⁶⁹ : « Le Comité est préoccupé par le coût social élevé des mesures budgétaires draconiennes qui ont été prises et qui ont des retombées négatives sur les droits de l'enfant en Bolivie⁶⁷⁰ ». Cette « préoccupation » du CDE a été répétée lors de la présentation du deuxième rapport en 1998⁶⁷¹. On pouvait lire dans le rapport 1999 du FMI : « les autorités doivent achever les réformes visant à renforcer les règles de prudence et leur surveillance dans le secteur financier et à privatiser toutes les entreprises publiques existantes⁶⁷² ». Il s'agit, en clair, d'une pression pour assainir les comptes de la Nation, qui passe par des « mesures budgétaires restrictives ». Les effets « collatéraux » de ces mesures ne sont pas pris en compte. Dans ce débat réside une des clés de la stagnation des droits économiques et sociaux.

§ 2. - Le droit à l'éducation

Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation. Ainsi commence l'article 28 de la CIDE. L'enseignement primaire sera rendu obligatoire et gratuit pour tous poursuit le texte. La CIDE fait le pari que l'école est le lieu le plus adapté pour que l'enfant soit éduqué⁶⁷³. Ce droit phare de la Convention n'est guère remis en cause. Pourtant, l'article 28

⁶⁶⁸ Nous introduisons ici l'idée de l'impact des mesures libérales sur le droit à l'alimentation. Ce thème sera développé dans la section « Etat de droit et Etat libéral », p. 392.

⁶⁶⁹ Le Comité s'inquiète en 1993 du montant élevé de la dette extérieure et du coût social des mesures budgétaire de la Bolivie, en 1994 il réitéré cette préoccupation pour le Honduras. Mamoud Zani, *La Convention Internationale des Droits de l'Enfant : Portée et Limite*, Publisud, Paris, 1996, p.56 à 57 pour la Bolivie et p. 75 pour le Honduras.

⁶⁷⁰ Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Bolivia, 18 février 1993. CRC/C/15/Add.1. paragraphe 7.

⁶⁷¹ Deuxième rapport périodique de la Bolivie, CRC/C/65/Add.1, août 1997; CRC/C/Q/Bol.2.

⁶⁷² Rapport annuel du FMI, 1999, p. 79.

⁶⁷³ Ce pari n'est guère remis en cause. Nous l'assumons comme un postulat en tenant compte que la thèse de l'inefficacité de l'école comme lieu d'apprentissage a été défendue avec brio dans I. Illich, *une société sans école*, Seuil, Paris, 1971.

traite uniquement de l'éducation formelle (primaire, secondaire, universitaire). Il simplifie la tâche du chercheur qui évitera les incursions dans d'autres modes d'éducation alternatifs à l'école.

Le droit à l'éducation n'est pas respecté. Pourtant, c'est un « droit obligatoire ». Il l'est par la CIDE. Il l'est également d'une certaine manière par l'obligation de l'instruction. L'instruction est, en effet, expressément obligatoire en Bolivie⁶⁷⁴, au Brésil, au Chili, en Colombie, au Costa Rica, en Equateur, au Guatemala, au Honduras, au Paraguay, en Uruguay. La Constitution du Venezuela résume le mieux la nature particulière du droit à l'éducation en disposant dans son article 102 que « l'éducation est un droit de l'homme et un devoir social fondamental. Elle est démocratique, gratuite et obligatoire ». C'est un droit devoir auquel l'enfant lorsqu'il a la possibilité de l'exercer ne peut s'y soustraire. L'enfant ne peut renoncer à ce droit.

Le cadre étant posé, un bref regard sur la situation des enfants par rapport à ce droit fondamental montre, une fois encore, que, pour nombre d'enfants, il est loin d'être effectif.

A - La situation

Le droit à l'éducation se classe dans la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels. Il est fondé sur l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁶⁷⁵, sur l'article 13⁶⁷⁶ du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et sur l'article 28⁶⁷⁷ de la CIDE. Pour l'UNICEF, le droit à l'éducation est un droit déclinable et sera mesuré le progrès d'un pays dans les domaines suivants : taux d'enfants non scolarisés, taux de scolarisation primaire, taux de redoublement et d'abandon, disparité entre les sexes...

⁶⁷⁴ Bolivie, article 177; Brasil, article 208; Chili, article 19; Colombia, article 67; Costa Rica, article 78; Equateur, article 67; Guatemala, article 74; Honduras, article 171; Paraguay article 76; Uruguay, article 70. Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Derecho a la educación. Análisis comparativo de constituciones de los regimenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Cultura/Educacion/derecho.html#16>.

⁶⁷⁵ « Toute personne a droit à l'éducation (...) ». Article 26 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.

⁶⁷⁶ « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation (...) » Article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

⁶⁷⁷ « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation (...) » Article 28 de la CIDE.

L'avant-propos⁶⁷⁸ du rapport de l'UNICEF sur la situation des enfants dans le monde de 1999, consacré à la question de l'éducation, signé par le secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan résume la situation de ce droit qui oscille entre des déclarations de bonne intention et une réalité de déni de droit. « Ce rapport de l'UNICEF, écrit le secrétaire général de l'ONU, montre que, dans les pays en développement, 130 millions d'enfants – dont une majorité de filles – ne peuvent exercer ce droit ». Dans un encadré spécial sur l'Amérique latine⁶⁷⁹ et les Caraïbes, le rapport de l'UNICEF fait état de progrès dans la scolarisation du primaire dans l'ensemble du continent, d'une progressive égalité d'accès à l'école entre les garçons et les filles malgré un problème de discrimination propre au continent. Le point noir reste le fort taux d'abandon et de redoublement dans l'école primaire. Cette question de l'accès à l'école, à l'enseignement doit être complétée par la question de la qualité de l'enseignement. De ce point de vue, le même rapport montre que « près de la moitié des élèves d'Amérique latine ne savent pas lire ni écrire après six années d'école⁶⁸⁰ ». Par ailleurs, la durée moyenne de permanence à l'école d'un individu est inférieure à six ans⁶⁸¹. C'est dire le chemin qu'il reste à parcourir pour la réalisation du droit à l'éducation.

B - Les solutions ?

En d'autres termes, il s'agit d'un droit impossible pour une partie non négligeable des habitants de la planète et en particulier des enfants. Pour Kofi Anan : « Le monde ne saurait tolérer plus longtemps cette violation des droits de l'homme et cette perte de potentiel et de productivité ». Le droit à l'éducation n'est donc pas raisonnablement exigible, mais il peut être réclamé. Il sert d'objectif, de cadre aux politiques publiques. L'ambiguïté est que ce droit impossible reste un cadre de travail utile pour les organismes internationaux et pour les politiques publiques éducatives.

⁶⁷⁸ UNICEF, la situation des enfants dans le Monde 1999. Kofi Anan, avant propos.

⁶⁷⁹ UNICEF (1999), p. 15.

⁶⁸⁰ UNICEF (1999), p. 18.

⁶⁸¹ UNICEF (1999), p. 94.

L'UNICEF conclut son rapport en signalant que « l'éducation pour tous, ce sont sept milliards de dollars supplémentaires par an – moins que ce que les Etats-Unis dépensent chaque année en produits cosmétiques ou l'Europe en crèmes glacées⁶⁸² ». Si elle n'était pas dramatique, la situation pourrait être qualifiée d'ubuesque. Cela revient-il à dire que, contrairement au souhait du secrétaire général des Nations Unies, « le monde » tolère cet état de fait ? La réponse est nuancée. En réalité, c'est parce que le droit à l'éducation⁶⁸³ déborde le cadre éducatif au sens large pour dépendre de questions telles que la pauvreté, la politique économique, la corruption, la politique de transport... qu'il est, en lui-même, difficilement réalisable et dépendant de facteurs externes. Par exemple, la crise des années 1980 a montré qu'« en Amérique latine et dans les Caraïbes, les dépenses d'enseignement par habitant chutèrent de 40 % entre 1980 et 1987⁶⁸⁴ ». L'ONG HRW⁶⁸⁵ conclut son rapport sur l'évaluation de la CIDE par ces mots : « Pour trop d'enfants, les promesses de la Convention continuent d'être vides et les abus dont ils souffrent tous les jours contredisent les engagements faits par les gouvernements ». Pour l'organisation internationale, seuls les efforts conjugués des gouvernements et de la société civile peuvent mettre fin à l'exploitation des enfants.

Pour Fons Coomans, chercheur au Centre des droits de l'homme de l'université de Maastricht « le degré de réalisation du droit à l'éducation ne dépend pas seulement des politiques et mesures gouvernementales, mais il est également influencé par des facteurs structurels dominant dans une société donnée⁶⁸⁶ ». Ces facteurs tels que l'économie familiale, la discrimination envers les groupes minoritaires, l'attitude des parents envers l'éducation, la question de la religion, la tradition culturelle... doivent, précise Coomans, être pris en compte pour l'évaluation des violations du droit à l'éducation. En se référant à ces « problèmes structurels », l'auteur développe le concept de « discrimination statique ». Le concept n'est

⁶⁸² UNICEF (1999), Figure 14, p. 94.

⁶⁸³ Voir « L'éducation. Une question de droit » *Collection Thématique* n°9, 2001 et particulier l'article de Abraham Magendzo : « El derecho a la educación : una reflexión desde el paradigma crítico y la educación en derechos humanos », dont l'introduction montre les enjeux du droit à l'éducation.(en ligne) <http://www.eip-cifedhop.org/publications/thematique/index.html>.

⁶⁸⁴ UNICEF (1999), p. 14.

⁶⁸⁵ Human Rights Watch, *Promesas Rotas: Evaluación de los derechos del niño con motivo del décimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, HRW, New-York, 1999.

⁶⁸⁶ Fons Coomans, *Identifying violations of the Right to Education*, Netherlands Institute of Human Rights, SIM N° 20 Utrecht, 1998, p. 127.

pas nouveau. Il s'agit de distinguer les discriminations fondées sur une volonté délibérée de celles résultantes de conditions particulières c'est-à-dire d'un « d'un ensemble de circonstances sociales, géographiques, humaines, économiques et historiques »⁶⁸⁷.

Le droit à l'éducation ne serait destiné qu'à être une aspiration, toujours perfectible. C'est en cela que ce droit n'en est pas tout à fait un droit sans être non plus un besoin fondamental, mais plutôt une stratégie, un programme politique.

C'est dans cet esprit que les promoteurs de la doctrine de la protection intégrale vont l'appréhender. Leur effort intellectuel portera d'une part sur un travail juridique qui tend à l'adéquation du droit interne à la CIDE et d'autre part sur un travail politique destiné à faire du droit à l'éducation des enfants un programme proprement dit. Nous voyons par cet exemple que les droits de la Convention sont d'un type « particulier », comme l'enfant est un « citoyen particulier », jouissant d'un « régime juridique particulier ».

⁶⁸⁷ M. Konishi, « La convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement », Contribution de l'UNESCO à la Protection des Droits de l'homme, Compte rendu présenté au Centre d'études et de recherches de Droit international et de Relations internationales à l'Académie de Droit international, Palais de la Paix, La Haye, août-septembre 1967, p. 10.

CHAPITRE 2. - LA DOCTRINE DE LA PROTECTION INTEGRALE DEVANT LE PARADOXE

Les défenseurs de la doctrine de la protection intégrale sont des experts de la question de l'enfance en Amérique latine. Nombre d'entre eux ont sont lié directement ou indirectement à l'UNICEF. C'est dire les situations auxquelles sont confrontés les enfants latino-américains ne leur sont pas étrangères. De manière explicite, pour eux, l'amélioration des situations décrites passe par la promotion de la CIDE comme une pédagogie des droits de l'homme, et par l'adéquation des droits internes à la norme internationale. La solution au paradoxe passe avant tout par le droit, par l'application des normes du droit des enfants. Ce « pari sur le droit » est indissociablement lié à un pari sur la démocratie et sur la participation des enfants dans sa construction.

Section 1. - La stratégie de l'adéquation

Les ouvrages et articles des doctrinaires de la protection intégrale pointent les efforts que chaque législateur latino-américain doit faire pour adapter sa législation, tout en se livrant à une exégèse et à une interprétation de la CIDE. L'adéquation juridique de la CIDE est alors le processus de prise en compte des droits de l'enfant de la Convention vers les constitutions, des constitutions vers les lois positives, des lois vers l'administration publique et de l'administration vers la mise en place de programmes spécifiques.

§ 1. - La situation des enfants absente du débat

Jamais dans l'histoire de l'enfance, autant de statistiques n'ont rendu compte de leur situation. A défaut de trouver des solutions durables, les Nations Unies ont montré leur talent dans l'art de compter. Jamais elles n'ont eu une vision aussi complète et détaillée de la condition de vie des enfants. Pourtant, le débat des doctrinaires de la protection intégrale se cantonne souvent à

la question juridique mettant en retrait les outils statistiques et qualitatifs à leur disposition. Promouvant une vision holistique de l'enfant, ils limitent leur effort à une réflexion juridique.

A - Le fait occulté

Les doctrinaires concentrent leur effort intellectuel sur les situations de droit occultant d'une certaine manière les situations de fait. Ils partent d'une hypothèse de départ selon laquelle le changement du droit, impulsé par la CIDE, devrait aboutir à un changement du fait et à une évolution positive de la situation des enfants.

García Méndez, principal auteur et principale référence concernant la protection intégrale a publié ou dirigé trois ouvrages fondamentaux sur cette question⁶⁸⁸. Le premier consiste en une série d'articles sur l'évolution des législations d'Argentine, du Brésil, de la Colombie, du Costa Rica, d'Uruguay et du Venezuela. Le schéma des articles consiste à faire une présentation dans chacun des pays de la législation antérieure à la CIDE, dite de la situation irrégulière, puis de montrer en quoi la CIDE a provoqué un tournant dans la conception du droit de l'enfant, et de l'enfant, vu à présent comme sujet de droit, concept systématiquement opposé à celui d'« objet de droit ». Enfin, sont pointés les changements législatifs à opérer. L'ouvrage prétend être « un règlement de compte critique » aux législations sur les mineurs. En même temps, il offre « des arguments et des propositions concrètes destinés à soutenir les processus de réformes législatives en cours dans la région⁶⁸⁹ ». L'objet de la réflexion est clairement annoncé dans l'article introductif. Il s'agit des législations et non pas de la situation des enfants, absente du débat.

Le deuxième ouvrage procède de la même manière exposant plus clairement la stratégie suivie : travailler pour la poursuite des réformes en cours (l'adéquation juridique des législations à la CIDE) et plus largement promouvoir, avec les principes de la CIDE, la poursuite de la démocratisation. Il est écrit entièrement par Garcia-Mendez et, précise

⁶⁸⁸ Emilio García Méndez, *Del revés al derecho, la condición jurídica de la infancia en América Latina, Bases para una reforma legislativa*, Galerna, Buenos Aires, 1992; *Derecho de la infancia-adolescencia, De la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Colombia, 2 ed, 1997; *Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1998.

⁶⁸⁹ García Méndez (1992), p. 11.

l'auteur⁶⁹⁰, est constitué d'une compilation d'articles publiés dans différentes revues. A la suite de García Méndez de nombreux auteurs ont développé le contexte de la doctrine de la protection intégrale dans le même sens. Mary Beloff⁶⁹¹, dans un de ces articles les plus cités, reprend les deux idées principales de l'adéquation juridique et l'utilisation de la CIDE comme outil de changement social. Il en est de même pour Miguel Cillero⁶⁹², Edson Seda... Le troisième ouvrage est, comme le premier, une œuvre collective. Il est composé d'une partie théorique écrite par les principaux auteurs qui ont pensé et développé le concept de protection intégrale. La seconde partie commente les réformes législatives en cours dans l'ensemble des pays du continent.

Les situations concrètes que vivent les enfants ne sont pas ou peu⁶⁹³ abordées. Il n'est pas fait référence au paradoxe, mais à l'antagonisme entre deux législations, entre deux inspirations. Plus que les situations d'abus, c'est le droit des législations fondées sur la situation irrégulière qui est dénigré. Les principaux auteurs cités sont tous juristes et tous liés à l'UNICEF. Or, cette agence des Nations Unies publie chaque année un panorama mondial de la situation des enfants dans le monde. Le fait est donc à portée de leurs plumes.

B - Omission de la question démographique

Outre le traditionnel rapport annuel de l'UNICEF sur la situation des enfants dans le monde, les bureaux régionaux de l'Agence des Nations Unies émettent de nombreux rapports et analyses qui touchent des domaines aussi divers que la santé, l'éducation, la participation, la violence... La Commission Economique pour l'Amérique latine (CEPAL) produit chaque année, entre autres documents, un annuaire statistique qui n'est pas spécialisé sur les questions de l'enfance, mais qui fournit des données précieuses sur la question de l'éducation ou de la santé. Aux documents des Nations Unies, il convient d'ajouter ceux des

⁶⁹⁰ García Méndez (1992) p. 13.

⁶⁹¹ Mary Beloff (1999).

⁶⁹² Bruñol (1997).

⁶⁹³ On pourra trouver quelques chiffres sur la situation des enfants en Uruguay dans O. Grezzi et C. Elias Uriarte, « Infancia, adolescencia y control social en Uruguay », in García Méndez (1992), p. 278 à 279.

gouvernements, des ONG nationales et internationales. L'enfant n'a jamais été dans toute l'histoire autant comptabilisé, analysé, décrypté. La doctrine ne peut ignorer ces données. Pourtant, elle tient compte de la qualité des législations sans prendre en compte les changements de la situation des enfants. Or un des changements à notre sens le plus significatif est le bouleversement démographique des vingt dernières années. Qu'il soit « oublié » par les juristes n'est pas en soi répréhensible. Mais lorsque ces derniers proposent une vision qualifiée d'holistique de l'enfance, alors un détour sur leur nombre s'impose.

Si l'on croise, par exemple la situation démographique des enfants en Amérique latine avec la question des droits de l'enfant, l'on aboutit à une hypothèse originale.

En vingt ans le nombre d'enfants par femme va baisser pour l'ensemble du continent de 30 %. De trois pour la période 1990-1995, le chiffre sera ramené à 2.3 pour la période 2010-2015⁶⁹⁴. Ce même document met en évidence le vieillissement de la population du surtout aux progrès de la santé. L'absence de référence à la question démographique n'est pas étonnante dans la mesure, selon la CEPAL⁶⁹⁵, où la plupart des plans gouvernementaux contre la pauvreté ne prennent pas non plus cette question en compte. Se référant aux mégas programmes gouvernementaux pour la réduction de la pauvreté dans plusieurs pays du continent, les experts de la CEPAL concluent « dans aucun programme n'est analysée la problématique du processus de vieillissement de la population et les questions de type démographique ne sont pas observées ». L'analyse de la CEPAL est la même si l'on prend en compte les aspects thématiques de ces programmes : « si le thème de la scolarité est traité de manière spéciale dans tous les programmes aucun ne prend en compte les aspects sociaux démographiques étroitement liés à la question éducative⁶⁹⁶ ». Il y aurait ainsi un travail parallèle entre les juristes qui s'intéressent aux droits des enfants et les démographes qui s'intéressent à leur quantité.

Incapable d'améliorer, à lui seul, la condition des enfants, les droits de l'enfant vont se confronter à une profonde évolution en Amérique latine au regard de la situation démographique⁶⁹⁷. Il convient, de ce point de vue, de garder en mémoire que l'avènement

⁶⁹⁴ Annuaire statistique de la CEPAL, 2004, p. 75.

⁶⁹⁵ J. Paz, J.M Guzmán, J. Martínez, J. Rodríguez, *América Latina y el Caribe: dinámica demográfica y políticas para aliviar la pobreza*, Serie Población y Desarrollo, n°53, Santiago, juin 2004, CEPAL, p. 68.

⁶⁹⁶ CEPAL 2004, p. 66.

⁶⁹⁷ Cette piste de réflexion reste ouverte. Les rapports entre la démographie et le droit des enfants méritent leur étude.

progressif des droits de l'enfant en Europe est contemporain de la diminution d'enfants par famille. Les nouvelles réalités démographiques du continent et en particulier la baisse durable du taux de fécondité ainsi qu'un meilleur accès aux études pour les filles sont peut-être les clés d'un meilleur respect de leurs droits. Ces données auront logiquement une grande influence sur les questions sociales et en particulier sur l'application des droits de l'enfant.

§ 2. - Adéquation juridique

L'adéquation juridique est la tâche principale sinon exclusive que se sont donnée les principaux doctrinaires de la protection intégrale. L'ensemble de l'œuvre doctrinale concourt à mettre le droit commun au niveau de la CIDE. Elle se caractérise par une attitude de volontarisme juridique, partagée entre l'annonce d'un droit nouveau et la dénonciation des freins à son application.

A - Une stratégie efficace ?

Le raisonnement suivi par les doctrinaires de la protection intégrale est simple et pédagogique. L'ensemble des législations latino-américaines sur l'enfance avant l'irruption de la CIDE est à réformer. Par la ratification de la CIDE et des instruments juridiques qui ont suivi, les Etats s'y sont engagés et tous ont entrepris un effort d'adéquation de leurs législations aux nouveaux principes des droits des enfants. L'objectif des intellectuels engagés dans cette réflexion est d'orienter le processus de réformes et de traquer les traces « d'ancien droit » fondé sur la doctrine de la situation irrégulière. Les Etats sont alors évalués et classifiés⁶⁹⁸ selon leur capacité à faire peau neuve et à présenter un *corpus juris* en adéquation totale avec les principes de la CIDE. Cet effort se dirige en premier lieu vers les législations, les codes, mais aussi vers les institutions en charge des enfants.

⁶⁹⁸ Voir Mary Beloff (1999).

Un brillant exemple de ce travail est l'analyse de la situation des enfants et des femmes dans les codes pénaux d'Amérique latine faite par la juriste mexicaine Laura Salinas⁶⁹⁹. Son travail consiste à réviser dans « quelle mesure ces codes respectent le principe d'égalité de toutes les personnes comme cela doit être dans un Etat de droit démocratique⁷⁰⁰ ». Le chapitre trois de l'ouvrage cité, le plus important, consiste en une analyse des infractions pénales, et à pointer les manquements au principe d'égalité. Pas un code ne sort indemne de cette épreuve. Changer la norme juridique, conclut Laura Salinas permet de retirer aux conceptions discriminatoires un des ses soutiens conceptuels et institutionnels⁷⁰¹. La juriste mexicaine résume ainsi l'essence de la stratégie volontariste de l'adéquation juridique. Cette stratégie n'est pas « gagnée d'avance ». Outre l'ampleur de la tâche de l'adéquation qui implique une remise en cause importante des normes juridiques, elle se heurte à des résistances nées d'une vision et d'une pratique séculaire. Le prologue de son ouvrage, rédigé par García Méndez, introduit la question des freins à la stratégie de l'adéquation par ces mots : « les discriminations contre les enfants et les femmes surtout concernant le domaine des normes pénales (...) constituent une des évidences les plus visibles de résistance aux nouvelles formes de relations entre les êtres humains⁷⁰² ». Laura Salinas va dans le même sens en parlant d'un facteur sociologique qu'elle décrit comme des « connotations⁷⁰³ » discriminatoires qui influencent la réflexion législative lorsqu'elle s'intéresse aux femmes et aux enfants. La stratégie de l'adéquation est d'abord une nécessité juridique. Elle est également une réussite juridique, grâce en partie aux efforts de la doctrine, puisque la totalité des pays concernés a entrepris une réforme de fond du droit de l'enfance. Les critiques de la doctrine visent toujours l'application des règles de droit et non leur justification, ni leur impact.

⁶⁹⁹ L. Salinas Beristein, *Derecho, género e infancia: mujeres, niños y niñas y adolescentes en los códigos penales de América Latina y el Caribe hispano*, Universidad Autónoma Metropolitana, Mexico, UNICEF, 2002.

⁷⁰⁰ Salinas (2002), p. 25.

⁷⁰¹ Salinas (2002), p. 352.

⁷⁰² Salinas (2002), p. 356.

⁷⁰³ Salinas (2002), p. 343.

B - Les freins à l'application

Les auteurs, promoteurs de la CIDE, signalent que c'est en raison de résistances historiques que les droits ne s'imposent pas plus vite dans le panorama législatif. García Méndez met en avant trois freins à la stratégie de l'adéquation⁷⁰⁴ : le conservatisme juridique, le « décisionisme » administratif, et le « basisme » de l'attention directe. Ces trois résistances sont propres à des acteurs différents : les juges des enfants, les institutions publiques chargées des enfants et certaines ONG. La nouvelle loi, forte d'une reconnaissance internationale, s'érige, pour ces trois acteurs, comme une norme indésirable. Elle limite le pouvoir discrétionnaire des juges vus comme bons pères de famille, des institutions qui profitent des lacunes de la loi pour imposer leur vision tutélaire et des ONG qui pensent que la loi n'est pas leur problème. Les deux premiers acteurs font partie de l'appareil de l'Etat, le troisième est privé.

En 1996, García Méndez critiquait violemment la corporation judiciaire en ces mots : « (...) à part d'honorable exception, la corporation judiciaire n'a développé aucun effort pour altérer les vieilles lois (des mineurs)⁷⁰⁵ ». Il notait également le peu d'enthousiasme des juges pour appliquer les normes de la CIDE dans leurs décisions. On peut, aujourd'hui, supposer que leur alignement sur les politiques publiques en faveur des droits de l'enfant n'était qu'une question de temps et de mobilisation de la société civile. Sur le fond, les Etats ont tranché la question. La CIDE fait partie des normes régissant l'enfance. Sur la forme, comme l'écrit le journaliste Yves Hardy : « là où le mouvement social est atomisé, en Argentine par exemple, la corporation des juges maintient les mineurs sous sa férule. A l'inverse, lorsque la société civile se saisit de la protection de l'enfance, les évolutions sont vite perceptibles⁷⁰⁶ ». Néanmoins, force est de reconnaître que le paradigme de la protection intégrale n'est pas encore passé totalement dans les mœurs judiciaires. C'est la conclusion à laquelle aboutit aussi le professeur Carlos Fager⁷⁰⁷ dans une étude sur le sentiment des juges des mineurs et de

⁷⁰⁴ Salinas (2002), p. 24 à 25.

⁷⁰⁵ García Méndez (1997), p.175.

⁷⁰⁶ Y.Hardy, « Les enfants oubliés du Chili », *Le Monde Diplomatique*, janvier 1999, p. 20.

⁷⁰⁷ C.E. Fager, S. Buso, M.F.Canay, « La dichosa Convention », in *Kairos* n°12 Revista de temas sociales, 1er semestre 2003. (en ligne) <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~kairos/k12-26.htm>

leurs assesseurs concernant la nouvelle Convention. Au cours d'une enquête réalisée par les chercheurs, un juge a pu dire « nous parlions de ce qui convient le mieux à l'enfant, à son intérêt moral et matériel, nous ne parlions pas de l'intérêt supérieur, mais dans les faits, c'est pratiquement la même chose ». Selon ce juge la pratique s'est adaptée au discours dominant.

D'une manière plus générale, il n'est pas possible d'attendre une application sereine des droits de l'enfant dans de nombreux pays où le pouvoir judiciaire n'est pas indépendant et l'administration de la justice est déficiente. Ce jugement lapidaire est celui de la CIDH. Dans son rapport⁷⁰⁸ sur la situation des droits de l'homme au Pérou, publié en 2000, la commission montre que le pouvoir judiciaire est totalement subordonné au pouvoir politique. Concernant la situation des enfants, le rapport n'est pas optimiste et dénonce le fait qu'il n'y ait pas eu « d'améliorations substantielles dans ce domaine⁷⁰⁹ ». L'exemple du Pérou est sans doute mal choisi puisque le rapport porte sur la période durant laquelle le président autocrate Fujimori était au pouvoir. Il est néanmoins partagé par de nombreux auteurs qui voient dans le système judiciaire latino-américain le principal frein à un changement en profondeur⁷¹⁰.

Concernant l'acteur privé, les ONG, évoqué par García Méndez, persiste la primauté de l'attention directe au détriment d'un engagement sur les causes de la violation des droits et sur le travail de pression envers l'Etat. Ici, García Méndez voit juste. L'attention directe se caractérise par la construction et la gestion d'écoles, le développement des soins primaires en santé, la construction d'habitations pour les plus démunis... De la part de nombreuses ONG latino-américaines, cette persistance de l'attention directe est due d'une part au fait qu'il y a urgence, et d'autre part au fait que les financements possibles privilégient ce type de travail. Il est en effet ardu de s'engager dans un processus de lobbying juridique lorsque par exemple

⁷⁰⁸ CIDH, deuxième rapport sur la situation des droits de l'homme au Pérou, juin 2000. (en ligne) <http://www.cidh.org/countryrep/Peru2000sp/indice.htm>

⁷⁰⁹ CIDH (2000), chapitre huit.

⁷¹⁰ F. Saez, « La naturaleza de las reformas judiciales en America latina: algunas consideraciones estrategicas », in *Reforma Judicial en Latinoamérica: premisas para el cambio*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, Debates series, n° 4, 1998 et I. Shihata, « Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank », en Rowat et al. (Editeurs.), « Judicial Reform in Latin America and the Caribbean », Technical Paper, n° 280, Banque Mondiale, Washington, 1995. Une bibliographie imposante sur les réformes juridiques en Amérique latine a été établie par la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa. E.P. Mendes, « La réforme juridique et judiciaire en Amérique latine : une crise systémique qui nécessite des approches plus stratégiques », *Droit de la personne : Bulletin de recherche et d'enseignement* n° 39, Ottawa, juin 2000. (en ligne) http://www.cdp-hrc.uottawa.ca/publicat/bull39_f.html

des problèmes de nutrition touchent tout un quartier. Par ailleurs, sur le second point, il est plus facile en effet de demander à des donateurs des fonds pour « sauver un enfant » que pour « défendre ses droits ». Ce type de communication repose sur des fondements idéologiques. Dans le Nord, les volontaires remplacent les militants. Comme le signale Bernard Hours⁷¹¹ : « Au messianisme tiers-mondiste, devenu caduc, fait place une vision exclusivement opérationnelle pour gérer les situations en remettant l'examen des causes à plus tard ». A l'homogénéité des sources de financement correspond l'homogénéité idéologique. « L'idéologie humanitaire, écrit Hours, a pour principale fonction de gérer les exclus du capitalisme mondial dérégulé⁷¹² ». Elle fonctionne « comme le principal allié de l'économie mondiale⁷¹³ ». En parlant de « basisme », García Méndez se référerait davantage aux ONG du sud qui travaillent directement avec les enfants sans se préoccuper ni du contexte, ni du droit. Ce frein n'est selon Hours, qu'un symptôme du recul de l'idéologie tiers-mondiste remplacé par l'idéologie humanitaire pragmatique. C'est ce que dénonce García Méndez pour qui la question des droits des enfants n'est ni du domaine humanitaire, ni tout à fait du domaine juridique. L'enjeu central, pour l'avocat argentin, est politique.

Section 2. - Le manichéisme de la doctrine de la protection intégrale

L'insistance sur le droit conduit à émettre l'hypothèse que ce n'est pas l'enfant qui est au centre des préoccupations des défenseurs des enfants, mais la démocratie. En forçant l'Etat à renouveler sa législation l'enfance, ce qui lui est demandé c'est plus de démocratie. Parallèlement, ce qui est demandé pour l'enfant c'est plus de participation pour la construction démocratique.

⁷¹¹ B. Hours, « ONG et idéologie de la solidarité » in Deler, Fauré, Piveteau, Roca, *ONG et développement*, Karthala, Paris, 1998, p. 42.

⁷¹² B. Hours, « L'âge humanitaire : de la solidarité à la globalisation », *Politique africaine* n°71, 1998, p. 51.

⁷¹³ Hours (1998), p. 57.

§ 1. - La CIDE comme outil démocratique

Il y a dans la théorie latino-américaine des droits de l'enfant un manichéisme certain. Il s'articule avec une vision utopique revendiquée par García Méndez. Deux périodes historiques, deux doctrines, deux conceptions de l'enfance s'opposent. Les enfants deviennent alors un prétexte, justifié ou non, de discussion autour de la démocratie.

A - Enfant et démocratie

C'est le thème de la citoyenneté et de la démocratie qui est le moteur des théoriciens de la doctrine de la protection intégrale. Pour García Méndez « la nouvelle légalité de l'enfance se construit automatiquement comme légalité démocratique⁷¹⁴ ». Pour l'auteur argentin, c'est en faisant des enfants des citoyens à part entière que la démocratie se trouve fortifiée.

Alessandro Baratta⁷¹⁵, criminologue et pénaliste comme García Méndez, va dans le même sens en disant : « le futur de la démocratie (...) est fondamentalement lié à la reconnaissance de l'enfant, non pas comme un citoyen futur, mais comme un citoyen au sens plein du terme⁷¹⁶ ». Dans le continent latino-américain, ce n'est donc pas toujours l'enfant qui est le centre du débat. Le thème du droit à l'enfance en opposition aux droits de l'enfant n'est pas présent. La consolidation de la démocratie est l'axe de la réflexion. Dans la mesure où la CIDE oblige à plus de démocratie, oblige à un contrôle extérieur, oblige l'Etat à rendre des comptes, elle ne peut être que positive.

Mary Beloff dans un article intitulé « Modèle à construire et modèle à déconstruire », explique, fidèle en cela au manichéisme de la protection intégrale, que « l'incorporation de la CIDE dans les systèmes juridiques nationaux a eu lieu dans des contextes de transition ou de consolidation démocratique. Ainsi, la discussion sur les manières de comprendre et de s'occuper de l'enfance, traditionnellement abordée d'une perspective assistantialiste et

⁷¹⁴ García Méndez (1997), p. 246.

⁷¹⁵ A. Baratta, « Infancia y democracia » in García Méndez (1998).

⁷¹⁶ Alain Finkelkraut se fonde sur des exemples historiques (Union Soviétique ...) mettant en évidence que les Etats qui ont déclaré citoyens leurs enfants sont la plupart du temps des Etats totalitaires.

tutélaire, a cédé la place à une discussion en terme de citoyenneté et de droits pour les plus petits⁷¹⁷ ». A travers la conceptualisation des droits de l'enfant se profile un autre enjeu, plus important sans doute, qui est la démocratie elle-même. Les enfants en sont, d'une certaine manière, à la fois le prétexte, mais aussi les futurs bénéficiaires. La lutte pour les droits de l'enfant en Amérique est aussi une lutte contre les législations des anciens régimes autoritaires. L'outil international est alors utilisé comme outil de politique intérieure destiné à fortifier les démocraties renaissantes. C'est l'objet et l'intérêt de la lutte pour les droits de l'enfant en Amérique latine. C'est aussi sa limite, car l'instrumentalisation de la Convention, qui n'a pas eu lieu véritablement en Europe, risque de lui faire perdre de vue son principal objet : l'enfant.

B - Instrumentalisation de la CIDE

Ce danger est d'autant plus grand que la recherche de la démocratie et plus précisément le perfectionnement de cette dernière n'est plus la priorité pour l'opinion publique. Le rapport du PNUD publié en 2004⁷¹⁸, montre que pour une majorité de citoyens la question du développement prime sur celle de la démocratie. « Une grande partie des latino-Américaines et des latino-Américains, peut-on lire, valorise davantage le développement par rapport à la démocratie et qu'ils retireraient leur appui à un gouvernement démocratique si ce dernier est incapable de résoudre ses problèmes économiques ». En d'autres termes, l'effort normatif⁷¹⁹ pour adhérer à la (presque) totalité des traités internationaux est insuffisant pour garantir une démocratie citoyenne. Pire, en contraste avec la situation réelle des habitants, les traités sont de plus en plus interprétés comme des « lettres mortes », car les effets ne sont pas directement perceptibles sur le niveau de vie des populations. Cette tendance fait perdre de la crédibilité

⁷¹⁷ M. Beloff (1999), p. 10. « La Democracia en América Latina, hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos », Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, p. 27.

⁷¹⁸ « La Democracia en América Latina, hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos », Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, p. 27.

⁷¹⁹ « Il existe des améliorations normatives importantes, mais les déficiences sont encore notables et affectent les secteurs de la population les plus nombreux et les plus faibles et par conséquent, ceux qui ont besoin de protection », Beloff (1999), p. 107.

au droit international. Les critiques concernant les traités de libre commerce, largement diffusées par le tiers secteur, y contribuent également.

Mettre la CIDE comme levier démocratique du futur est un pari risqué si ce travail n'est pas accompagné d'un développement véritable. García Méndez n'a pas tort en parlant d'un « droit suisse pour le tiers Monde ». Toutefois, il utilise cette expression pour justifier le bien fondé de la CIDE en Amérique latine qui mérite ce « droit suisse » sans prendre en compte les dangers potentiels de normes difficilement applicables actuellement dans le continent. Ce qui vient d'être dit ne signifie pas qu'il faille des normes moins contraignantes que celle de la CIDE pour l'Amérique latine, mais pointe l'urgence de changements réels et rapides pour éviter le retour de régimes « autoritaires ».

L'utilisation de la CIDE par les doctrinaires de la protection intégrale a des airs de revanche. Il s'agit bien de régler son compte à l'ancien droit des mineurs qui, loin d'être vu comme la source ou l'une des racines du nouveau droit des enfants, est considéré comme un droit néfaste. De ce point de vue, promouvoir les droits des enfants est aussi une manière de tourner le dos à la période autoritaire. Il s'agit de rendre irréversible le processus d'intégration des droits de l'homme non seulement dans la culture juridique, mais aussi dans la société. Ce faisant, l'étude de contradictions entre les prérogatives reconnues aux enfants et celles de leur parents n'est pas d'actualité par rapport aux enjeux posés par la redémocratisation du continent. C'est la raison pour laquelle naît de la CIDE une vision absolutiste des droits de l'enfant, absente de critiques. Ce même absolu est justement l'une des principales faiblesses de la doctrine issue de la Convention de New York.

§ 2. - Utopisme et manichéisme

Le manichéisme est omniprésent dans les ouvrages des théoriciens de la protection intégrale. Il oppose terme à terme les lois : « Si les vieilles lois des mineurs étaient le résultat de commissions d'experts petites et secrètes, les nouvelles lois de l'enfance/adolescence inspirées de la CIDE sont le résultat d'un travail collectif de participation populaire⁷²⁰ ». Il oppose les périodes historiques : « Après plus de 70 ans d'hégémonie juridique et culturelle

⁷²⁰ García Méndez (1997), p. 237.

absolue de lois de mineurs fondées sur la doctrine de la situation irrégulière, la CIDE produit la transformation la plus profonde et radicale dont on a mémoire dans ce champ spécifique⁷²¹ ». De ce manichéisme sont issues les deux doctrines. La doctrine de la protection intégrale part du droit, en l'espèce du droit des enfants, pour aboutir à un authentique projet de société démocratique.

La Convention inaugure pour García Méndez⁷²² « un nouveau type de droit constitutionnel ». Il s'agit, ajoute-t-il, d'« une nouvelle reformulation du pacte social ». Il dit « être convaincu que l'importance de la nouvelle refondation du concept de citoyenneté ne pourra pas être sous-estimée ». On saisit alors la mesure de la motivation des auteurs engagés dans cette lutte. Il ne s'agit plus d'améliorer le sort des enfants ou de respecter leurs droits, mais de s'appuyer sur les principes de la CIDE pour reformuler la relation entre l'Etat et les citoyens. Pour García Méndez « le pacte social de la modernité s'est fondé (...) sur l'exclusion des non-citoyens (non-proprétaires, étrangers, femmes et enfants). Par conséquent non seulement le droit constitutionnel, mais le droit civil et en particulier le droit des mineurs ont joué un rôle fondamental dans la « refonte du pacte ». L'expression « refonte du pacte social » se retrouve également dans le rapport final de la commission péruvienne Vérité et Réconciliation⁷²³. Il s'agit d'un thème utilisé par les groupes engagés dans la défense des droits de l'homme dans la période post dictatures. Par le respect des droits de l'homme qui implique à la fois un travail de justice sur le passé et un travail de prévention pour l'avenir, la société doit se construire pour que « jamais plus » des régimes autoritaires ne puissent s'imposer. La réconciliation passe par la refonte du pacte social, précise Salomon Lerner, président de la commission. Par la réconciliation entre enfants et adultes, conséquence souhaitable de la CIDE, García Méndez voit également la réconciliation historique des sociétés latino-américaines. Il s'agit d'une utopie, et l'auteur argentin s'explique là-dessus, mais aussi d'une ambition et d'un raccourci. Il est acquis que les droits de l'enfant ne peuvent s'appliquer sans une refonte de la société. La thèse de García Méndez est qu'ils créent un « effet domino » pour pouvoir être un jour appliqués. Le droit pourrait alors corriger le fait.

⁷²¹ García Méndez (1997), p. 245.

⁷²² García Méndez (1998), p. 26.

⁷²³ Audience publique, fin de la première session, Comisión de la Verdad y Reconciliación. Rapport final. Lima, 2003.

SOUS-TITRE 2. - LE PARADOXE IRRECONCILIABLE

Le paradoxe entre le développement des droits de l'enfant et le développement de la misère des enfants semble irréconciliable. La spirale vertueuse des droits de l'homme ne joue pas. Cela signifie-t-il que la stratégie développée par les avocats latino-américains est inutile, voire contre-productive ? Sans doute non. Elle opère en marge du paradoxe, ne l'explique pas, ne le résout pas. En revanche, il est désormais acquis que la surexploitation du droit des enfants ne peut, à elle seule, résoudre des questions de fait. Les doctrinaires occultent le fait, insistent sur le droit et dénoncent l'incapacité des acteurs (Etat, tribunaux et mouvement social) à mettre en œuvre les principes de la CIDE. Ils proposent une vision utopique de ce que l'enfant devrait être en oubliant que les causes de ce qu'ils vivent aujourd'hui ne sont pas dues principalement à la qualité des normes juridiques.

CHAPITRE 3. - LOGIQUES DE POUVOIR ET DROITS DE L'ENFANT

Les enfants font l'unanimité dans les textes. De fait, les droits internes rivalisent d'ingéniosité pour traduire en normes les principes de la Convention. Les divergences naissent lorsque les droits des enfants entraînent des obligations jugées trop contraignantes par les gouvernements. C'est le cas, par exemple, lorsque le respect des droits de l'enfant est un frein aux impératifs sécuritaires de l'Etat. Dans ce cas, les gouvernements multiplient les chausse-trappes pour éviter d'appliquer le droit qu'ils ont eux-mêmes élaboré. C'est également le cas lorsque les investissements nécessaires au respect du droit sont jugés excessifs par le gouvernement. Dans ce cas, il ignorera le droit.

Section 1. - Impératif sécuritaire

Peu de temps après avoir adopté la CIDE et après l'avoir intégrée dans les constitutions et par l'adoption de lois ou de codes de l'enfance, plusieurs pays, en particulier en Amérique Centrale, sont tentés de revenir en arrière par l'élaboration de normes dont l'objectif est de renforcer l'arsenal de mesures contre « la délinquance juvénile ». Dans un climat de surenchère sécuritaire, les gouvernements « désarmés » multiplient les plans dits « main dure » revenant ainsi sur certains principes de la CIDE que l'on croyait irrévocables.

§ 1. - La question des maras

Le fait que des groupes de jeunes organisés se livrent à des activités illégales n'est pas un phénomène nouveau. En Amérique centrale, dans les années quatre-vingt-dix, de nombreuses bandes se métamorphosent au contact de jeunes expulsés (les repatriados) des Etats-Unis à la suite des accords de paix au Salvador.

Aujourd'hui, les « maras⁷²⁴ » sont présentes surtout au Salvador, au Honduras et au Guatemala, principalement dans le secteur urbain. Elles posent un problème de société⁷²⁵ dans le sens où elles sont accusées de contrôler et de faire régner la terreur dans un grand nombre de quartiers des villes dans lesquelles elles opèrent.

A - La situation

Nées de l'immigration salvadorienne à Los Angeles aux Etats-Unis pendant la guerre civile, les maras s'installent en Amérique Centrale au début des années quatre-vingt-dix. Une des raisons de cette installation rapide est l'expulsion d'un grand nombre de Salvadoriens du territoire des Etats-Unis après les accords de paix. Il y aurait actuellement entre cent cinquante mille et trois cents mille jeunes engagés dans ces clans en Amérique Centrale et au Mexique.

« Ces bandes de jeunes de huit à vingt-cinq ans règnent sur de vastes zones urbaines de San Salvador, de Managua, de Tegucigalpa, de Ciudad de Guatemala et d'autres métropoles de ces nations⁷²⁶ ». C'est une forme d'organisation des jeunes dans les quartiers de la périphérie des villes qui leur permet d'affirmer leur identité, et de garder leur territoire. On considère que l'identité des « mareros » se construit autour du rejet d'institutions traditionnelles telles que l'Eglise, l'Ecole, la Famille et l'Etat. Les maras sont perçues actuellement comme un phénomène social incontrôlable et dangereux⁷²⁷. Elles sont également présentes au Panama, en Equateur. Des études sont en cours par la police de Barcelone (Espagne) pour prévenir l'arrivée du phénomène en Europe. De fait, les maras suivent les flux migratoires. Déjà les

⁷²⁴ Le terme mara vient du nom d'une fourmi, la fourmi marabunta, qui détruit tout sur son passage. Un numéro spécial de la revue Autrement donne une vision complète et bien documentée du phénomène. F. Faux, Les maras, gangs d'enfants, Revue Autrement-Frontière, Paris, 2006.

⁷²⁵ « Le problème des gangs juvéniles a pris une importance considérable dans le Salvador d'après guerre », M. Santacruz Giralt, Barrio Adentro, La solidaridad violenta de las pandillas callejeras, San Salvador: Talleres Graficos, Salvador, 2001, p. 1. L'auteur met en évidence d'une part l'importance du phénomène au Salvador et d'autre part le changement de valeurs à l'intérieur des groupes qui étaient fortement marqués par la solidarité entre les membres.

⁷²⁶ A. Blanca, « Les gangs en Amérique Centrale, un fléau incontrôlable », écrit pour Ciberamerica.com en septembre 2003. (en ligne): <http://risal.collectifs.net>.

⁷²⁷ CEPAL, *Marginados en México, El Salvador, Nicaragua y Panamá*, CEPAL, LC/MEX/L.488, 23 août 2001, p. 23 à 26.

murs de la capitale catalane sont constellés de tags aux couleurs des maras latino-américaines⁷²⁸.

Enquêtant au Honduras sur les disparitions et exécutions sommaires⁷²⁹, Asma Jahangir, rapporteuse spéciale des Nations Unies, a mis en évidence un discours répandu dans la presse et la télévision responsabilisant les maras de l'ensemble des exécutions et disparitions d'enfants. Rappelons que, selon Amnesty International⁷³⁰, plus deux mille jeunes ont été tués dans le pays entre 1998 et 2003. Ce discours criminalisant la jeunesse pauvre a été repris, poursuit le rapport de la Commission des droits de l'homme, par les principaux hommes politiques créant ainsi une psychose dans la population. A titre d'exemple, le président du Guatemala, Oscar Berger rendait responsable les maras de 80 % des crimes commis au Honduras. Le directeur de la police nationale, Erwin Sperissen, confirmait que les maras sont « le principal problème de sécurité, et les fonctionnaires du Salvador et du Honduras disent la même chose⁷³¹ ». La réalité est autre dénonce Asma Jahangir, qui prouve que seulement 0.02 % des crimes dans le pays sont imputables à des jeunes⁷³². « De nombreux témoins affirment avoir vu des policiers tuer délibérément et sans provocation des enfants appartenant aux classes les plus pauvres de la société⁷³³ » signale le rapport précisant son propos par l'énumération de plusieurs cas précis. C'est aussi la conclusion du rapport qui accuse les forces de police et les milices privées comme principaux responsables de la mort de nombre d'enfants. Le discours sécuritaire du gouvernement se traduit pour les enfants, outre les exactions citées, par une vision des droits qui se limite aux besoins fondamentaux tels que la santé et l'éducation, laissant de côté les droits civils et politiques des jeunes.

⁷²⁸ Constatations faites par l'auteur en septembre 2004 en compagnie de Nelsa Curbelo, spécialiste des droits de l'homme et fondatrice de l'ONG Serpaz (Guayaquil, Equateur) qui travaille cette question avec les autorités de Catalogne.

⁷²⁹ Conseil Economique et Social des Nations-Unies, Commission des droits de l'homme, Rapport de Asma Jahangir, Droits civils et politiques, notamment les questions concernant : les disparitions et les exécutions sommaires, Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Additif Mission au Honduras, Juin 2002, E/CN.4/2003/3/Add.2.

⁷³⁰ Communiqué d'Amnesty International, Honduras, deux années ont passé et des enfants continuent d'être tués, AI : AMR 37/008/2004.

⁷³¹ « Guatemala: Berger culpa a pandillas del 80% de la violencia », *The Miami Herald*, 5 décembre 2005.

⁷³² Paragraphe 34 du rapport E/CN.4/2003/3/Add.2.

⁷³³ Paragraphe 52 du rapport E/CN.4/2003/3/Add.2.

B - La réponse des gouvernements

La « violence » des maras est dénoncée et combattue par les gouvernements principalement par la promulgation de lois d'exception qui s'inspirent de la doctrine de la « Tolérance Zéro⁷³⁴ ». Il s'agit de ce qu'on appelle les lois anti-clans⁷³⁵. Il s'agit du Plan « Escoba » (balai) au Guatemala, de l'Opération « Libertad » au Honduras et du Plan « Mano Dura » au Salvador. Pour le reporter photographe Philippe Revelli, « la stratégie du tout répressif conduit en effet à des évolutions inquiétantes » dont le principal danger serait la renaissance des escadrons de la mort dont le but est de combattre par la violence les jeunes appartenant au clan⁷³⁶. Par ailleurs, les antécédents des polices d'Amérique Centrale font craindre la multiplication des abus. Les motivations qui poussent les gouvernements vers ce type de mesures sont souvent électoralistes et utilisent le sentiment d'insécurité comme fer de lance d'une campagne politique. Les lois, dites sécuritaires, ont été appliquées, en particulier au Salvador, dans le mois qui a suivi leur promulgation. Révoquées par la suite pour cause d'inconstitutionnalité, elles mettent en évidence que l'application d'une loi dépend en grande partie de la volonté politique du gouvernement qui la promeut. Cette rapidité contraste avec la lenteur de mise en œuvre des lois « positives » concernant les droits de l'enfant. La « dialectique inédite nouée entre les droits de l'individu et la montée en force d'un Etat pénal » risque, selon Olivier Mongin⁷³⁷, de marquer le « passage insensible de la prise en compte du risque social à celle du risque sécuritaire ». L'institution judiciaire joue dans cette dynamique un rôle phare. D'elle dépend le respect des droits de l'individu en face des gouvernements tentés par la voie sécuritaire. Or concernant, l'assassinat d'enfants par les forces de police, l'impunité reste la règle.

⁷³⁴ Le thème de la tolérance zéro, né aux Etats-Unis, consiste en une gestion de la sécurité urbaine fondée sur la répression. Elle consiste à condamner immédiatement l'auteur d'une infraction quelle que soit sa nature avec toute la sévérité autorisée par la loi. « A la question de la situation économique et sociale des quartiers populaires, il substitue celle de la « lutte contre la violence urbaine » P.Rimbert, Dossier : « L'obsession sécuritaire, Envahissants experts de la tolérance zéro », Le Monde Diplomatique, janvier 2001.

⁷³⁵ Nous avons traduit les termes espagnols de Pandilla ou Mara par le mot clan.

⁷³⁶ P.Revelli, « Manipulations A l'heure des Elections, derrière la violence des gangs du Salvador », Le Monde Diplomatique, mars 2004.

⁷³⁷ O. Mongin, « La société sous l'emprise du Droit, le recours accru au droit : raisons et portée », in Le Droit dans la Société, *Les Cahiers Français*, n°288, La Documentation Française, Paris, 1998, p. 41.

Le 29 avril 2002, pour la première fois selon l'ONG Casa Alianza, un policier hondurien a été condamné pour l'assassinat d'un jeune. Les faits sont les suivants. Le 19 janvier 2000, Edy Nahum Donaire Ortega, âgé de dix-sept ans a été détenu illégalement par Cesar Alexis Montoya, policier de la municipalité de Comayagua qui l'accusait de vol. Il ne l'a pas déféré devant un tribunal. Deux jours après, le jeune, menotté, a tenté de s'échapper. Il a été blessé mortellement au cours de cette tentative. Le tribunal de Comayagua a condamné le policier à six années, six mois et sept jours de prison. L'organisation Casa Alianza a fait appel de cette décision argumentant que, pour un tel crime, le Code pénal hondurien prévoit une peine de prison de quinze à vingt années d'incarcération.

C'est, précise l'ONG, la première condamnation d'un policier sur plus de mille deux cents assassinats d'enfants depuis janvier 1998. La rapporteuse spéciale de la commission des droits de l'homme ajoutait dans ses conclusions⁷³⁸ « que toutes les exécutions d'enfants doivent faire l'objet d'une enquête approfondie. Le gouvernement doit respecter l'obligation qui lui incombe de faire la lumière sur le mystère des enfants tués par des inconnus ». Pour Juan Almendares⁷³⁹, historique défenseur des droits de l'homme et actuel directeur du centre de prévention, traitement et réhabilitation des victimes de la torture et de leurs familles (CPTRT), cette situation nous fait oublier la profonde crise de famine, pauvreté, désastre écologique, répression contre les indigènes et les paysans, narcotrafic, corruption, vente d'enfants (...). Tout est mis sur le compte des maras. Pour la tranquillité sociale, selon la nouvelle doctrine, il faut assassiner l'enfance et la jeunesse ». L'impératif sécuritaire, largement surévalué par les médias et les gouvernements, est sans doute le plus grand danger qui menace le respect des droits de l'enfant, et plus particulièrement, le respect du droit à la vie. C'est l'enjeu qu'il y a autour du débat sur les lois visant à lutter contre les maras.

⁷³⁸ Paragraphe 79 du rapport E/CN.4/2003/3/Add.2.

⁷³⁹ J. Almendares, « La Niñez y la Geopolítica de la violencia », 27 août 2001 (en ligne) <http://rds.org.hn/>. Le CPRT dirigé par Juan Almendares a été victime de trois attentats. Le dernier a eu lieu dans la nuit du 26 octobre 2004. Selon Amnesty International, les attentats sont dus au travail de défense des droits de l'homme et en particulier aux dénonciations du CPRT contre les exécutions extrajudiciaires d'enfants commises par des membres des forces de l'ordre. Communiqué d'Amnesty International du 4 novembre 2004, AI: AMR 37/012/2004.

§ 2. - Le garde fou constitutionnel

Un enfant, au sens de la CIDE, peut, au Honduras ou au Salvador, être arrêté s'il porte sur lui un tatouage suggérant son appartenance à un clan en dehors de toute infraction. Les lois anti-maras le permettent. Le principe de légalité est bafoué. Réapparaît alors le rôle fondamental des Cours de justice dans la défense des droits de l'homme. Courant le risque de s'opposer frontalement au pouvoir politique, elles ont censuré les dispositions les plus arbitraires des lois sécuritaires, fondant leur argumentation tant sur des principes constitutionnels que sur des articles de la CIDE.

A - Retour à la « situation irrégulière »

L'absence de pacte social, de projet collectif, la faible légitimité des gouvernants se traduit par un excès de légalité⁷⁴⁰. La loi doit reprendre le dessus. Elle le fait en insistant sur la répression.

Au delà des motivations et de l'impact des lois anti-clans, leur rédaction constitue un retour en arrière important par rapport à la CIDE. L'exemple des lois sécuritaires salvadoriennes contraste par rapport aux récents acquis de la législation juvénile. L'article 4 de la loi « anti mara » du Salvador du 9 octobre 2003 stipule que « si le juge des mineurs considère qu'il (mineur de douze à dix-huit ans) est capable de discerner le caractère illicite des conduites et infractions commises, comme un adulte, il le déclarera comme adulte capable et sera appliquée la législation correspondante ». Cette disposition est contraire à l'article 35 de la Constitution du Salvador de 1983 qui oblige le législateur à soumettre le mineur dont « la conduite antisociale constitue une faute ou un délit » à un régime juridique spécial. Dans la loi anti mara, le mineur est considéré comme adulte. L'article 18 de la loi spéciale précise par ailleurs que ceux qui « par des signaux ou des tatouages s'identifient à un clan seront

⁷⁴⁰ R. Reguillo, « La mara: contingencia y afiliación con el exceso », in *Nueva Sociedad*, novembre-décembre 2005, Fondation Friedrich Ebert, Buenos Aires, p. 77. (en ligne) http://www.nuevasoc.org.ve/upload/articulos/3297_1.pdf. Pour l'auteur, qui dénonce la sur-médiatisation des maras, leur développement est en grande partie une conséquence des politiques libérales des années quatre vingt et quatre vingt dix.

sanctionnés par soixante jours d'amende ». Cette disposition est évidemment contraire au principe d'égalité devant la loi consacré par la Constitution du Salvador⁷⁴¹ et par la CIDE.

D'une manière plus générale, une enquête⁷⁴² réalisée auprès de jeunes de trois capitales latino-américaines, Santiago du Chili, Buenos Aires et Montevideo a mis en évidence que pour les jeunes la question de l'apparence physique était l'une des principales causes de contrôle ou d'arrestation par la police. De leurs droits, les adolescents interrogés n'en parlent pas. Il convient de signaler que s'il y a, de la part du législateur, une tentative de rapprocher l'enfant de l'adulte d'un point de vue répressif, c'est bien parce que les adultes utilisent des enfants mineurs pour commettre des actes délictueux sachant que ces derniers sont protégés par des droits. Ils risquent d'un point de vue pénal beaucoup moins qu'un adulte et sont rapidement relâchés même en cas de récidive.

Dans cet esprit, la notion d'enfant tel qu'elle ressort de la CIDE est mise à mal par des « enfants » de quatorze à dix-huit ans, organisés comme des adultes. L'argent du crime, la connaissance de leurs droits, l'habitude de subvenir à leurs besoins en font des êtres plus mûrs qu'un enfant du même âge vivant avec sa famille. Cet état de fait ne justifie pas un traitement illégal, mais l'explique. L'enfant de la Convention ne ressemble pas aux jeunes « mareros ».

B - Une jurisprudence fidèle aux droits de l'enfant

De nouveau, comme nous l'avons signalé dans le cas colombien et guatémaltèque, ce sont les Cours Constitutionnelles qui freinent le retour à une vision tutélaire de l'enfant. Malgré les lois sécuritaires, souvent populaires, les Cours constitutionnelles invalident régulièrement les dispositions contraires à la CIDE.

La Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême du Salvador dans un arrêt du premier avril 2004⁷⁴³ a déclaré l'ensemble de la loi anti-mara inconstitutionnelle. L'argumentation de la Cour se fonde en partie sur la CIDE. Elle est sans ambiguïté. « Le traitement différencié

⁷⁴¹ Article 3 de la Constitution du Salvador.

⁷⁴² « La Voz de los adolescentes, percepciones sobre seguridad y violencia en Buenos Aires, Montevideo y Santiago de Chile », *Justicia y Derechos del niño* n°3, UNICEF, Santiago, p.185 à 203.

⁷⁴³ La résolution de la Cour Suprême 52-2003/56-2003/57-2003a été prononcée le même jour de l'approbation de la deuxième loi anti-maras.

(entre un adulte et un enfant), prévu par le régime juridique spécial de la Constitution, par l'article 19 de la CADH et par toute la CIDE doit s'imposer à plus forte raison dans les règles relatives à la délinquance juvénile ». Cela implique, poursuit le tribunal, citant l'article 40.3 de la CIDE, que l'Etat salvadorien doit s'assurer qu'aucun enfant ne soit traité comme un adulte indépendamment des circonstances ou de la gravité des crimes qui lui sont imputés. La Cour conclut que le régime spécial pour les mineurs viole l'article 35.2⁷⁴⁴ de la Constitution, contrevient à l'article 40 de la CIDE et viole l'article 144.2⁷⁴⁵ de la Constitution. L'arrêt de la Cour constitutionnelle a été un événement pour la communauté juridique du Salvador. C'est la première fois que la Cour permet que le droit international des droits de l'homme et en l'espèce la CIDE soit invoqué comme paramètre de constitutionnalité⁷⁴⁶. Concernant son contenu, l'arrêt se situe en parfaite concordance avec les principes des droits de l'enfant et soutient que les nouvelles lois, outre leur inconstitutionnalité, ne sont pas nécessaires, car les dispositions du Code pénal prévoient le cas de crime organisé et d'associations illicites. Pour mieux saisir l'actualité des lois « anti maras », il faut comprendre le contexte dans lequel elles sont promulguées. Les déclarations de l'ancien président de la République salvadorienne sont, à cet égard, éloquentes : « Le gouvernement a demandé aux juges salvadoriens qu'ils soient humains. Il les a avertis que le peuple leur passera la facture⁷⁴⁷ » s'ils n'appliquent pas la loi. Il a accusé les juges de « protéger les délinquants » en ignorant délibérément les dispositions qui punissent la seule appartenance à un de ces groupes⁷⁴⁸. « Nous allons lutter, a déclaré le président Francisco Flores pour franchir tous les obstacles que nous mettent les politiques et les juges qui protègent ces criminels⁷⁴⁹ ». Les juges s'en défendent en signalant qu'il est illégal d'appliquer une loi inconstitutionnelle.

⁷⁴⁴ Article 35.2 de la Constitution du Salvador «La conduite antisociale des mineurs qui constitue un délit ou une faute sera sujette à un régime juridique spécial ».

⁷⁴⁵ Article 144 de la Constitution du Salvador « la loi ne pourra modifier ou annuler ce qui a été institué dans un traité en vigueur pour le Salvador. En cas de conflit entre le traité et la loi, le traité prévaut ».

⁷⁴⁶ L.Enrique Salazar Flores, « Leyes Anti Maras: Los reveses de la justicia penal juvenil en El Salvador », Documento de la oficina de Ombusman, El Salvador, 2004.

⁷⁴⁷ El diario de Hoy, 22 octobre 2003.

⁷⁴⁸ El diario de Hoy, 23 octobre 2003.

⁷⁴⁹ La prensa grafica, 21 octobre 2003.

Le 25 octobre 2003, les statistiques de la police nationale signalent que les juges ont remis en liberté 99 % des personnes appréhendées au titre de la nouvelle loi. Le président de la République tout en reconnaissant qu'il ne peut « donner des ordres à un juge » signale que les « libérés » vont se venger⁷⁵⁰.

Le président de la République Flores, plusieurs mois plus tard continuait d'affirmer « pendant qu'ils (les juges) continuent de libérer des criminels, je continuerais à les capturer autant de fois que nécessaire⁷⁵¹. »

L'élection présidentielle de 2004 a vu la victoire d'Antonio Saca, de l'Alliance républicaine nationaliste du même parti que son prédécesseur. Le changement d'homme se produit dans un continuum politique. Le nouveau président a présenté, après le plan « mano dura » de Flores, le plan « super mano dura » qui implique des changements législatifs qui aggravent les peines pour les membres des clans en tentant d'éviter l'écueil de l'inconstitutionnalité. Il a déclaré à cette occasion sur le même ton que son prédécesseur : « Maintenant, si quelqu'un ne vote pas en faveur des réformes pénales, il paiera un coût très élevé devant la population qui voit ce que fait l'Assemblée⁷⁵² ».

L'agenda salvadorien est suivi de près par les pays d'Amérique Centrale qui se trouvent confrontés aux mêmes difficultés. Les présidents du Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua ont signé une déclaration conjointe⁷⁵³ contre les clans dont le but est d'unir les efforts gouvernementaux pour venir à bout de ces « maras » avec « un absolu respect des droits fondamentaux des personnes ». Les lois anti-maras progressent dans l'ensemble du continent américain.

Le Panama a ratifié la CIDE en 1990 en l'incorporant au droit interne. En 1999 a été promulguée la Loi 40 de responsabilité pénale pour l'adolescence inspirée de la CIDE et des instruments internationaux qui ont suivi. La nouvelle loi, dix mois après son entrée en vigueur (10 mois) a été modifiée le 6 juin 2003 en dans le sens d'une augmentation des peines. En juillet 2004, la présidente Mireya Moscoso a présenté un projet de loi dit, là encore, de « main

⁷⁵⁰ *El diario de Hoy*, 25 octobre 2003.

⁷⁵¹ *El diario de Hoy*, 9 février 2004.

⁷⁵² *El diario de hoy*, 29 septembre 2004.

⁷⁵³ Declaración conjunta de los presidentes de el Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua sobre las pandillas "Mara Salvatrucha" y "Mara 18", Ciudad de Guatemala, 15 janvier 2004. Le texte a été signé par Francisco Flores, alors président du Salvador, connu pour une vision personnelle et sécuritaire des droits de la personne.

ture » dont les objectifs principaux sont : créer une loi anti-clans permettant aux autorités de poursuivre et d'emprisonner les « dangereux délinquants étrangers », punir les mineurs qui commettent des crimes graves comme des adultes.

Face au problème social posé par la multiplication des clans juvéniles et leurs activités souvent contraires à la loi, nombre de gouvernements optent pour le tout sécuritaire. Le seul frein à cette politique sont les normes des droits de l'homme et l'aptitude des juges à les rappeler et à les défendre. Concernant les mineurs, ces lois anti-clans ont ceci de remarquable qu'elles font l'impasse sur un siècle d'évolution lente du droit des enfants. En associant l'enfant à l'adulte, elles replacent le débat tel qu'il était posé au début du vingtième siècle lors des premières législations spécifiques concernant l'enfance. Ces coups de boutoir contre le récent édifice des droits de l'enfant sont préoccupants. Les « experts en sécurité intérieure », signale le journaliste Pierre Rimbart, « légitiment la posture gouvernementale, qui fait de la sécurité physique des biens et des personnes l'unique thème pertinent d'application de l'égalité⁷⁵⁴ ». L'accueil souvent favorable de ces lois par les citoyens risque à terme de creuser le fossé entre les principes peu connus de la CIDE et les mesures concrètes destinées à combattre la délinquance quotidienne. Le nouveau plan « super mano dura » du président salvadorien compte un soutien de 88 % de la population⁷⁵⁵. Il est au demeurant plus aisé de financer des lois sécuritaires applicables rapidement et dont les résultats en terme d'arrestation sont mesurables à court terme que d'investir dans la prévention c'est-à-dire en particulier dans des programmes visant à la rescolarisation, par exemple, des jeunes mineurs ayant quitté l'école. Pour un gouvernement dont les échéances électorales sont rapprochées, le choix est malheureusement vite fait.

Section 2. - Impératif économique

Faire respecter les droits des enfants représente en effet un investissement financier à long terme. Selon la CIDE, il s'agit là d'une responsabilité de l'Etat qui doit, selon l'article 4 de la

⁷⁵⁴ Rimbart (2001).

⁷⁵⁵ CID-Gallup. Enquête d'opinion publique, El Salvador, numéro 57, septembre 2004.

CIDE, « prendre toutes les mesures » pour les mettre en œuvre. L'exemple du droit à l'éducation montre que l'Etat délègue de plus en plus cette responsabilité au secteur privé.

§ 1. - Le droit à l'éducation à l'épreuve du libéralisme

Les articles 28 et 29 de la CIDE définissent la portée du droit à l'éducation. C'est une responsabilité que l'Etat a charge d'organiser. L'article 29-2⁷⁵⁶ de la CIDE introduit le principe de l'absence du monopole de l'Etat dans les questions éducatives, principe qui ne doit pas affaiblir les obligations de ce dernier.

A - Droit à l'éducation et liberté d'enseignement

L'exemple des débats sur le droit à l'éducation au Chili montre que les tensions vont au-delà du respect ou non de ce droit. Partant du constat de la situation éducative, toujours perfectible, l'UNICEF a organisé en 2000 un cycle de débat sur la politique de l'éducation. Un des thèmes était intitulé « tension entre le droit à l'éducation et la liberté d'enseignement⁷⁵⁷ ». Dans son introduction, le représentant de l'UNICEF pour l'Argentine, le Chili et l'Uruguay, Marco Ferreri, signalait clairement qu'il s'agit ici d'un défi « social et politique ». En effet, il s'agit de déterminer la priorité. Pour l'UNICEF, le droit à l'éducation doit primer sur la liberté de l'enseignement afin d'en éviter les excès. Miguel Orellana, professeur à l'Université du Chili, s'étonne que « certains se soient enrichis autant en si peu de temps en installant des collèges dans les secteurs pauvres⁷⁵⁸ ». Cela s'explique, lui répond Maria José Lemaitre, secrétaire du Conseil supérieur de l'éducation par la politique de désarticulation de l'Etat des

⁷⁵⁶ Article 29-2 : « 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'Etat aura prescrites ».

⁷⁵⁷ UNICEF, *Tension entre derecho a la educacion y libertad de ensenanza*, Ciclo de Debate : Desafios de la politica educacional, UNICEF, Avril 2000.

⁷⁵⁸ UNICEF (2000). p. 13.

années quatre-vingt⁷⁵⁹. Le nouveau rôle de l'Etat, poursuit Lemaitre, doit être, dans le domaine de l'éducation, de superviser autant le secteur public que le secteur privé de la même manière que le Conseil Supérieur des Banques⁷⁶⁰ le fait dans le domaine financier. Se profile dans ce débat sur le droit à l'éducation la question du rôle de l'Etat. De fait, les discussions autour de l'exercice du droit à l'éducation ne peuvent être appréhendées en elles-mêmes. Le droit à l'éducation ne peut se comprendre et s'interpréter que dans le contexte dans lequel il agit. Pour l'historien Gabriel Salazar, participant à ce débat, et partant d'une perspective sociale non pas de l'offre en éducation, mais de la demande en éducation met en évidence l'impossibilité d'une effectivité du droit à l'éducation dans le Chili actuel. Pour lui, le droit à l'éducation se heurte à la flexibilisation du travail. « Je crois, dit-il, que les droits de l'enfant, encore sur le papier, ne peuvent pas toujours s'exercer, car ils s'opposent au droit du travail⁷⁶¹ » compris comme l'impossibilité pour les parents de participer à l'exercice du droit à l'éducation de leur enfant. Miguel Cillero, doctrinaire de la protection intégrale, rappelle, comme le représentant de l'UNICEF, la supériorité du droit à l'éducation sur la liberté de l'enseignement, mais reconnaît la difficulté d'articuler des droits parfois antagonistes⁷⁶². En effet, derrière la question de la liberté de l'enseignement transparaît celle de la privatisation de l'enseignement. L'exercice de ce droit est aussi une question d'orientation économique.

B - Le droit à l'éducation et la privatisation de l'éducation

L'option libérale amorcée au Chili par le gouvernement militaire et poursuivie par la Concertation, au pouvoir depuis 1990, a des conséquences sur l'éducation. Pour l'Association Andine de Juristes et le Centre Europe/Tiers Monde, il y a un lien structurel entre la privatisation et la diminution des dépenses publiques en éducation. La question est alors de savoir si le secteur privé, plus ou moins sous contrôle de l'Etat, permet une meilleure

⁷⁵⁹ UNICEF (2000), p. 14.

⁷⁶⁰ Traduction de « Superintendencia de los Bancos », UNICEF (2000), p. 15.

⁷⁶¹ UNICEF (2000), p. 20.

⁷⁶² UNICEF (2000), p. 30.

réalisation du droit à l'éducation. Dans leur rapport⁷⁶³, présenté à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, les deux ONG spécialisées précisent que « le Chili a privatisé une grande partie des institutions d'éducation sous la recommandation de la Banque Mondiale, ce qui a produit que, depuis une vingtaine d'années, les dépenses en éducation ont été réduites approximativement de 32 % ». Le résultat est que les familles aisées envoient leurs enfants à l'école privée, les familles de classe moyenne aussi au prix d'efforts parfois démesurés. L'éducation publique primaire et secondaire accueille les classes défavorisées. On le remarque : l'impératif économique et la politique du gouvernement en cette matière est un risque direct pour le droit à l'éducation de la même manière dont l'impératif sécuritaire ébranle le principe de l'égalité devant la loi. Il ne faut pas s'étonner poursuit ce même rapport, que le rendement scolaire des classes aisées ait augmenté et que celui des classes défavorisées ait diminué. Cette crainte est reprise par le CDE : « Le Comité, tout en prenant note de l'augmentation du taux de scolarisation, exprime sa préoccupation devant les difficultés d'accès à l'éducation et les taux élevés d'abandon scolaire et de redoublement observés en particulier chez les enfants autochtones, les enfants pauvres et les enfants vivants dans les zones rurales ; le faible taux de préscolarisation ; le faible pourcentage des enfants accédant à l'enseignement secondaire et le traitement des enfants ayant des problèmes comportementaux⁷⁶⁴ ». Sur la question de la privatisation, le Comité se contente de pointer une discrimination par ces mots : « Il (le CDE) note en outre avec préoccupation le grand nombre d'adolescentes enceintes⁷⁶⁵ qui sont exclues de l'école et relève que les mesures prises par le gouvernement pour éviter cette situation ne sont pas appliquées, en particulier dans les écoles privées⁷⁶⁶ ». Le gouvernement chilien a réagi sur cette question, d'autant plus que l'enquête Casen⁷⁶⁷ effectuée en 2000 révèle que dix pour cent de la désertion scolaire féminine

⁷⁶³ Nations Unies, Comisión des Droits de l'homme, « El Proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA): una grave amenaza para los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos americanos ». Intervention écrite présentée par le Cetim et la AAJ, E/CN.4/2003/NGO/177.

⁷⁶⁴ UNICEF, OHCHR (2004), p. 130, paragraphe 45.

⁷⁶⁵ Concernant le cas de jeunes filles enceintes expulsées d'établissements privés, voir également le cas en Argentine, p. 401.

⁷⁶⁶ UNICEF, OHCHR (2004), p. 130 paragraphe 45.

⁷⁶⁷ Il s'agit d'une enquête de caractérisation socioéconomique nationale. C'est un outil pour la formulation d'un diagnostic et l'évaluation de l'impact de la politique sociale. Elle est effectuée tous les deux ans auprès des bénéficiaires actuels et potentiels des services sociaux.

tel-00089974, version 1 - 25 Aug 2006

dans l'école secondaire ont lieu pour des raisons de grossesses. Le nouveau règlement⁷⁶⁸, qui se fonde sur le droit à l'éducation, exige l'égalité de droits pour les élèves enceintes⁷⁶⁹ sous peine de sanctions financières mettant fin du point de vue légal à la discrimination envers les jeunes filles concernées. Cette question des grossesses précoces montre que les jeunes adolescentes sont mieux protégées dans les écoles publiques. De ce point de vue, l'ensemble des remarques du CDE sur le droit à l'éducation mériterait d'être relu sous ce prisme. La privatisation partielle du système éducatif est-elle la meilleure garante du droit à l'éducation ? Le débat est ouvert et houleux,⁷⁷⁰ mais l'option depuis plus de vingt ans est prise : près de la moitié des élèves chiliens sont intégrés au système éducatif privé. Depuis cinq années, le gouvernement du président Lagos a entamé une réforme historique du système éducatif chilien. Il est sans doute trop tôt pour pouvoir tirer des conclusions définitives. On peut observer, néanmoins, que le gouvernement assume sa responsabilité pour l'exercice du droit à l'éducation et son obligation de respecter la liberté de l'enseignement c'est-à-dire aussi sa privatisation. Le développement rapide des établissements privés dans ce pays rend la tâche complexe. L'Etat certes, garde un droit de regard et de contrôle sur ces entités, mais ne peut l'exercer aussi complètement que pour les établissements publics. Cela se traduit par une éducation à deux vitesses comme le signalait Salazar. Tous les enfants ont accès à l'éducation au Chili, mais seuls ceux issus des classes les plus favorisées y demeurent. L'offre privée d'éducation est en pleine croissance. « Dans certains pays, comme le Brésil ou le Chili, ce rapport (la proportion d'étudiants inscrits dans des institutions privées) dépasse largement les cinquante pour cent ». C'est une tendance lourde qui s'accompagne de la diminution des dépenses publiques⁷⁷¹.

Bernardo Kliksberg peut conclure sur ce thème : « On estime que soixante pour cent des enfants de la région sont pauvres. Ces enfants ont la possibilité d'entrer dans le système éducatif, mais la probabilité d'achever le cycle scolaire est totalement conditionnée par leur

⁷⁶⁸ Règlement de la loi 19 688 qui régit le statut des élèves en cas de grossesse et de maternité, 2003.

⁷⁶⁹ Le dernier recensement de 2002 a montré que 12% des jeunes entre quinze et dix-neuf ans ont un enfant ce qui est un taux faible dans le continent latino-américain. Par ailleurs sept mères adolescentes sur dix n'assistent pas à l'école.

⁷⁷⁰ Voir: Collectif, *Financiamiento de la educación en Chile*, Colegio de Profesores, Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo, Avril 2002.

⁷⁷¹ J. Brovetto, « l'éducation en Amérique latine: bilan et perspective » in J.M Blanquer, H. Trindade (dir), *Les défis de l'éducation en Amérique Latine*, IHEAL, Paris, 2000, p. 296 à 297.

situation économique »⁷⁷². Les inégalités en éducation vont de pair avec les inégalités dans le domaine de la santé. C'est le cercle vicieux de la pauvreté.

§ 2. - Le droit à la santé

La logique commerciale n'est pas systématiquement compatible avec la logique du droit à santé. Il y a souvent irréductibilité. Tenter d'en rendre compte permet de comprendre qu'il s'agit d'une irréductibilité inévitable. En effet, tel qu'il est décrit par les textes le droit à la santé est un absolu. Pourtant entre les deux logiques, il se flexibilise. Certains pensent que la privatisation de la santé est le plus sûr moyen pour l'avènement de ce droit, d'autres, le contraire. Cette flexibilité du droit à la santé et par extension des droits sociaux des enfants est à prendre en compte comme élément explicatif du paradoxe que nous avons décrit.

A - Portée du droit à la santé

Le droit à la santé a une place importante dans la CIDE. L'article 24 lui est exclusivement consacré. D'autres articles évoquent des garanties particulières pour les enfants particulièrement vulnérables⁷⁷³. Enfin, des principes le régissent⁷⁷⁴. Les Etats parties sont les premiers responsables de l'effectivité de ce droit. Ils « s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services (médicaux et de rééducation) »⁷⁷⁵. Le droit à la santé est considéré comme un droit global qui touche non seulement la qualité des soins et l'accès aux soins, mais également une série de notions qui influent sur la santé qui vont de l'accès à l'eau potable à l'accès à l'éducation. Il est reconnu par la Déclaration universelle des

⁷⁷² B. Kliksberg, *Hacia una Economía con Rostro Humano*, Fondo de Cultura Económica Buenos Aires 2003, p. 42.

⁷⁷³ Articles 17, 23, 25, 28 et 32.

⁷⁷⁴ Articles 2, 3, 6 et 12.

⁷⁷⁵ Article 24 al. 2.

droits de l'homme⁷⁷⁶ ainsi que par le protocole additionnel à la CADH de San Salvador dont l'article 10 précise que « toute personne a droit à la santé, comprise comme la jouissance au plus haut niveau d'un bien-être physique, mental et social ». Il existe un consensus sur le droit à la santé qui se reflète également dans nombre de constitutions nationales⁷⁷⁷. Dans celles de l'Equateur⁷⁷⁸ et du Paraguay⁷⁷⁹, c'est l'Etat qui est explicitement chargé de l'effectivité du droit à la santé.

Ce droit, fortement impulsé par les Nations Unies, est inclus dans les objectifs du millénaire⁷⁸⁰. Le chapitre V du document des Nations Unies sur le droit à la santé et les objectifs du millénaire précise la portée de ce droit qui a trait tant à la réduction de la pauvreté qu'à la lutte contre la malnutrition. Par exemple, l'objectif 4 vise la réduction des deux tiers de la mortalité des enfants de moins de cinq ans entre 1990 et 2015. En réalité la plupart des objectifs ont un lien direct ou indirect avec le droit à la santé.

« Les objectifs liés à la santé doivent se réaliser dans le cadre du droit à la santé en prenant compte ses aspects éthiques, sociaux, techniques et politiques. (...). La société dans son ensemble doit garantir que personne ne soit exclu de l'accès aux services de santé⁷⁸¹ ». Pour que ce droit se réalise conclut le document, il est indispensable de « réduire les grandes brèches d'inégalités » sur le continent. Cela ne peut se faire⁷⁸² que si chaque habitant peut bénéficier du développement. Le volontarisme onusien est théoriquement engageant, mais

⁷⁷⁶ Article 25 de la Convention internationale des droits de l'homme : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale ».

⁷⁷⁷ Colombie (article 366), Equateur (article 42), Nicaragua (article 105), Paraguay (article 68), Pérou (article 9) Venezuela (article 84). Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Salud, vivienda y alimentación. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. (en ligne): <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/salud.html>.

⁷⁷⁸ Article 42 de la Constitution équatorienne.

⁷⁷⁹ Article 68 de la Constitution paraguayenne.

⁷⁸⁰ Nations Unies, *Objetivos de desarrollo del milenio: una mirada desde América latina y el Caribe*, ONU, Santiago, 2005, p.141.

⁷⁸¹ Nations Unies (2005), p. 162.

⁷⁸² Nations Unies (2005), p.176.

pratiquement irréalisable à moyen terme. Il fait du droit à la santé un objectif inatteignable. Il se heurte, particulièrement en Amérique latine, à une segmentation et à une fragmentation du système, reconnaît le document des Nations Unies⁷⁸³ qui privilégie les groupes les plus aisés de la population.

Toute personne à droit à la santé précisent les textes internationaux et nombre de constitutions. L'Etat doit en être le garant. Le résultat est, comme pour l'éducation, une santé à deux vitesses. L'Etat perd sa capacité pour « discipliner » l'offre sanitaire. L'Etat-éducatif du vingtième siècle laisse peu à peu sa place à la société-éducative.

B - Un droit introuvable

Une mission d'enquête sur la santé au Salvador menée par la Fédération Internationale des Droits de l'Homme et par l'ONG Médecins du Monde pouvait intituler son rapport⁷⁸⁴ : « *La Santé entre service public et privatisation : un privilège aujourd'hui, un luxe demain ?* ». La principale conclusion établit que : « l'existence de discriminations, les indices élevés de malnutrition, les conditions insalubres dans lesquelles vit une grande partie de la population salvadorienne, l'inexistence d'une politique publique de production de médicaments génériques constituent des violations du droit de tout salvadorien de jouir du meilleur état de santé possible ». Pour les auteurs du rapport⁷⁸⁵, l'Etat salvadorien est responsable de cette situation qui ne respecte pas « la jouissance du plus haut niveau de santé possible (...) alors même que ce dernier dispose des ressources suffisantes pour en assurer l'exercice ». Une des raisons de cette situation, toujours selon l'étude, est le processus de privatisation de la santé. La Banque Interaméricaine de Développement (BID) et la Banque Mondiale sont également mises en cause : « Depuis trois ans, le gouvernement a tenté de privatiser les services de santé avec l'appui de l'Association des entreprises privées (ANEP) afin, selon cette dernière,

⁷⁸³ Nations Unies (2005), p.162 à 163.

⁷⁸⁴ FIDH, MDM, *El Salvador : Violations flagrantes du droit à la santé. La Santé entre service public et privatisation : un privilège aujourd'hui, un luxe demain ?* Rapport de mission d'enquête internationale, mars 2004 p.42. (en ligne) <http://www.fidh.org/IMG/pdf/salvador373frbis.pdf>. Le rapport a été rédigé peu de temps après une grève de dix mois des salariés de l'Institut salvadorien de Sécurité Sociale, menacé de privatisation.

⁷⁸⁵ FIDH, MDM (2004), p.44.

« d'éliminer les obstacles bureaucratiques » qui gênent le bon fonctionnement du secteur qu'il faut « moderniser » conformément aux orientations de la Banque Mondiale et de la BID ». Pour la Banque Mondiale, le non-respect du droit à la santé, du à des « défaillances du marché », ne doit pas nécessairement être réparé par l'intervention de l'Etat : « même dans les cas où il y a manifestement défaillance du marché, la fourniture par l'Etat des biens et services pour lesquels l'offre est insuffisante ne constitue pas nécessairement la meilleure option »⁷⁸⁶. De fait, au-delà du débat sur la supériorité supposée d'un système de santé privé, se pose la question du rôle de l'Etat comme principal responsable du droit à la santé. Le cas salvadorien l'illustre. Alors que le débat se focalise sur la privatisation des services publics de santé, on assiste à la multiplication des acteurs de santé. L'Etat n'a pas le monopole du soin. Il le partage déjà avec nombre d'acteurs privés qu'ils soient des acteurs privés « sociaux » c'est-à-dire sans but lucratif tels que les ONG, ou des acteurs privés à but lucratif. Se profile, de la même manière que pour le droit à l'éducation une « société soignante » qui supplée l'Etat soignant. A l'unicité d'un système suivent des réponses plurielles. Selon l'OPS⁷⁸⁷, 190 000 latino-américains meurent chaque année de maladies curables. 218 000 millions de personnes n'ont pas de protection sanitaire. 100 millions n'ont pas accès aux services de santé primaire. 82 millions d'enfants ne reçoivent pas les vaccins nécessaires. 160 millions de personnes n'ont pas d'eau potable. Par la CIDE, l'Etat reste le principal responsable de la réalisation de ces droits sur lesquels il a, de son fait, de moins en moins d'emprise. La logique des choix économiques prime sur celle de la protection des droits.

⁷⁸⁶ Collectif, *Au delà de la croissance économique*, Chapitre XI. Entreprises publiques et privées : Trouver le bon dosage, Banque Mondiale, 2000.

⁷⁸⁷ Les chiffres proviennent de Kliksberg (2003), p. 5.

CHAPITRE 4. - CULTURE ET DROITS DE L'ENFANT

Aux impératifs sécuritaires et économiques, s'ajoute, en toile fond ce que nous pourrions nommer un impératif culturel. Il est particulièrement détectable au Chili.

Poursuivre l'examen de la situation chilienne est intéressant au regard des observations des promoteurs de la CIDE. La législation du pays concernant l'adaptation à la CIDE est, en général, considérée comme insatisfaisante. « Dans certains pays, écrit Mary Beloff en 1999⁷⁸⁸, la ratification de la Convention internationale n'a produit aucun impact, ou de toute manière a eu un impact politique superficiel ou un impact rhétorique ». L'avocate argentine précise que ces pays sont le Mexique, l'Argentine, l'Uruguay et le Chili.

Section 1. - Les enfants et la loi au Chili

Le Chili est en pleine croissance. Les enfants en bénéficient. Le bilan des gouvernements de la Concertation, alliance politique des partis socialistes et du parti démocrate chrétien, mise en place en 1988, pour faire échec au référendum d'Augusto Pinochet est considéré comme positif. La pauvreté a diminué même si les inégalités demeurent⁷⁸⁹.

§ 1. - Analyse contrastée

Lois et jurisprudence peinent à suivre la volonté politique du gouvernement chilien pour réformer le droit de la famille. Les principes de la CIDE se heurtent à une société encore

⁷⁸⁸ Beloff (1999), p. 3. La date de publication est importante car de nombreux changements législatifs ont eu lieu au Chili ces dernières années. Toutefois, dans une conférence en 2002 Mary Beloff reprenait l'essentiel de l'article.

⁷⁸⁹ N. Reyes Morales, « Les fruits amers du ' miracle économique ' et de l'impunité. Un Chili plus mal en point qu'il n'y paraît », *Le Monde Diplomatique*, novembre 2002.

traditionnelle où la vision de la famille correspond, dans le discours, à celle du Code du dix-neuvième siècle.

A - Lenteur législative

Les lois chiliennes concernant la protection de l'enfance sont en cours de mutation. Il est étonnant qu'un pays où la situation des enfants n'est pas loin d'être la meilleure en Amérique latine, tous indices confondus, reste à la traîne d'un point de vue juridique.

Le critère utilisé pour mettre le Chili au dernier rang des pays qui ont intégré dans leur législation les droits de l'enfant correspond au degré d'adéquation de la législation nationale aux principes de la CIDE. De ce point de vue les observations du CDE, certes écrites en 2002, sont moins sévères que le classement lapidaire de Mary Beloff : « Le Comité constate avec satisfaction que (...) l'Etat partie a adopté un certain nombre de lois visant à rendre la législation interne pleinement conforme aux dispositions de la Convention (...) ⁷⁹⁰ ». En revanche, le Comité « constate avec préoccupation que la loi sur les mineurs de 1967, qui se fonde sur la doctrine de la « situation irrégulière » et qui de ce fait n'opère pas de distinction claire, s'agissant des procédures judiciaires et du traitement appliqué, entre les enfants nécessitant une protection ou une prise en charge et les enfants en conflit avec la loi, est toujours en vigueur » ⁷⁹¹. Cette observation du Comité illustre de nouveau, par la référence à la situation irrégulière, la consécration de la doctrine élaborée par les juristes latino-américains.

L'observation du CDE se vérifie dans au moins trois articles de la loi citée : l'article 30 stipule que, lorsqu'est arrêté un mineur pour des faits qui ne sont pas constitutifs de crime, délit ou contravention, le juge des mineurs pourra, sans avoir besoin de lui demander d'être présent, lui appliquer une des mesures prévues par la loi, en fonction de celle qui convient le mieux devant l'irrégularité commise. L'article 29 prévoit comme mesure de « rendre le mineur aux parents, gardiens (...) ou de le soumettre au régime de liberté surveillée (...) de le remettre à des établissements d'éducation (...) ou d'en confier la garde à une personne... » Ces mesures durent le temps que détermine le juge, qui en outre peut les modifier quand il le

⁷⁹⁰ UNICEF, OHCHR (2004), p. 117, paragraphe 3.

⁷⁹¹ UNICEF, OHCHR (2004), p. 119, paragraphe 8.

souhaite. De plus, l'article 26 précise qu'il est du ressort du juge de « déterminer à qui correspond la garde des mineurs (...) et de déclarer la suspension, ou la perte de l'autorité parentale et autoriser l'émancipation du mineur, de connaître les demandes d'aliments et des demandes de baisse, augmentation ou de fin de la pension alimentaire, (...) de nommer un gardien au mineur qui manque de bien (...), de résoudre la vie future du mineur ».

Enfin, l'article 32 de la loi de 1967⁷⁹² montre clairement que le juge peut « protéger » un mineur même s'il s'avère qu'il n'a pas participé à un délit. Il n'a pas échappé au CDE que le droit chilien dans ce domaine est en transition. De nouvelles dispositions sur l'adoption par exemple ou sur la filiation se rapprochent des principes de la CIDE. C'est le cas de la loi 19 670 sur l'adoption qui élimine toute différence entre adoption pleine et adoption simple ou de la loi 19 585 sur la filiation, votée en 1998, qui met un terme aux différences entre enfants légitimes et illégitimes : les enfants reçoivent un traitement égal quelque soit la situation juridique entre leurs parents au moment de leur conception ou de leur naissance.

En outre, cette loi garantit le principe de la liberté de recherche en paternité.

Enfin, la nouvelle loi apporte aussi de profonds changements à la puissance paternelle, en établissant un régime plus cohérent avec les relations parents enfants : l'autorité parentale est exercée désormais conjointement par le père et la mère.

Dans le même sens, la loi 19 325 sur la violence dans les familles, adoptée en 1994 et publiée au Journal Officiel du 27 août 1997, sanctionne toute maltraitance qui porte atteinte à la santé physique ou morale d'un mineur de moins de dix-huit ans. L'agresseur peut être un ascendant, le conjoint, le concubin, l'adoptant, la personne qui en a la garde, un parent en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré inclus (frères, oncles, cousins), la personne à qui l'enfant a été confié ou à la charge de laquelle il se trouve et qui vit sous le même toit que l'enfant. Dans ce sens, la loi 19.567, promulguée le 1er juillet 1998, empêche la détention pour « suspicion » qui affectait surtout les jeunes et permettait la privation de liberté sur simple soupçon de délit commis. Enfin, en 2004, a été adoptée une loi contre la pédophilie. Dans cette loi, les délits et crimes sont punis avec plus de rigueur. Davantage des moyens ont été octroyés à la police et aux tribunaux pour qu'ils puissent mettre fin à des situations qui jusqu'alors bénéficiaient d'une totale impunité.

⁷⁹² Article 32 « Avant d'appliquer au mineur de dix-huit ans une des mesures proposées dans la présente loi, pour un fait qui, commis par un adulte constituerait un délit, le juge devra établir que le fait a bien été commis et la participation du mineur dans celui-ci. Cependant s'il s'avérait que le fait n'a pas été commis ou que le mineur n'a pas eu de participation dans celui-ci, le juge pourra lui appliquer les mesures de protection que propose cette loi si le mineur se trouve en situation de danger « matériel ou moral ».

Parallèlement à l'effort législatif, le gouvernement a adopté une série de plans et de programmes en faveur de l'enfance. Le plan d'action intégré 2001-2010 précise les objectifs de la politique nationale en faveur de l'enfance et de l'adolescence⁷⁹³. Le Programme national de lutte contre la pauvreté établi en 1995 a pour objectif de diminuer de moitié la pauvreté dans le pays. L'un des 10 engagements pris au titre de ce programme concerne l'instauration de l'égalité des chances pour tous les enfants, les jeunes et les femmes. Des plans sectoriels⁷⁹⁴ viennent compléter le dispositif. Il s'agit du plan national pour l'élimination de la discrimination au Chili 2001-2006 ou du programme « Amélioration de la qualité et de l'équité dans l'éducation » qui cherchent à remédier aux insuffisances du système scolaire. Des institutions sont mises en place pour veiller à la bonne conduite des programmes nationaux. Il s'agit du d'un comité national contre la maltraitance créée en 1995 ou du comité pour la prévention et l'élimination du travail des enfants créée en 1996. De plus, des bureaux spécifiques pour la protection des droits des enfants sont établis dans chaque région.

B - Réticences de la Cour suprême

Dans un pays dont la rupture avec le régime autoritaire date de 1989, il n'est pas facile de comprendre le retard législatif en matière de droits des enfants. Une des clés de l'explication est une politique familiale et plus largement une vision du droit de la famille largement influencée par l'Eglise conservatrice sur cette question. Une récente décision de la Cour Suprême⁷⁹⁵ confirme l'interprétation restrictive de la CIDE. Les faits sont les suivants. Ricardo Jaime López Allendes, séparé de son épouse Jacqueline Karen Atala Riffo, demande la garde des trois filles mineures au motif que cette dernière, d'une part s'en occupe mal et d'autre part qu'elle est homosexuelle. Les parents, tous deux juristes, vivent séparés. Karen vit avec ses trois filles et sa compagne. Le père fonde en droit sa demande de garde sur

⁷⁹³ Pour plus de précision voir la présentation du Ministère de l'Intérieur : Política nacional a favor de la infancia y la adolescencia (en ligne) <http://www.un.int/chile/Documentos/PoliticaInfancia>.

⁷⁹⁴ Les organismes non gouvernementaux qui s'occupent de l'enfance ont signalé que ces plans n'incorporent pas dans leurs objectifs centraux deux mesures primordiales qui sont : la promotion de la participation infantile et la sensibilisation de la société chilienne à promouvoir et respecter les droits de l'enfant. (en ligne) <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/codepu00/cap10.html>.

⁷⁹⁵ Cour suprême du Chili, 4ème chambre, 31 mai 2004.

l'article premier de la constitution chilienne qui reconnaît la famille « comme cellule fondamentale de la société », sur les articles 3, 5 et 12 de la CIDE et en particulier sur l'article 42 de la loi des mineurs de 1967 qui permet de retirer un enfant de la garde d'un de ses parents s'il se trouve en « danger moral ou matériel ». Sur les faits, Madame Atala explique la détérioration de son mariage dénonçant des mauvais traitements verbaux contre elle, mais surtout elle insiste sur le suivi psychologique du couple qui lui a permis de comprendre son identité homosexuelle. Elle met l'accent sur le fait que cet accompagnement l'a aidé à mieux vivre son identité en famille, c'est-à-dire avec ses trois filles. Selon elle, cette nouvelle situation a été acceptée par son ex-mari et ils se sont mis d'accord sur un système de garde conjointe. Elle a poursuivi le traitement psychologique avec ses filles au cours d'une thérapie familiale. Elle fonde en droit sa défense sur le fait que la notion de famille ne se réduit pas, selon la constitution ou les traités internationaux des droits de l'homme à l'union d'un homme et d'une femme, que l'homosexualité ne met pas, *ipso facto*, les enfants dans une situation de danger moral. Selon l'article 225 du Code civil chilien, la garde des enfants revient a priori à la mère.

Au-delà de la personnalité des parents qui se sont mutuellement accusés de mauvais traitements, ce qui était en jeu dans ce procès est de savoir si une mère lesbienne pouvait avoir la garde des enfants tout en vivant avec sa compagne. En première instance, le tribunal de Villarica a débouté le père de sa demande. Le jugement, de trente pages, précise que « la présence de la compagne de la mère dans la maison où vivent les mineures avec leur mère ne constitue pas une cause d'incapacité pour exercer les soins personnels envers ses filles ». Pour arriver à cette conclusion, les juges de première instance s'appuient sur nombre de rapports psychologiques qui détaillent tant la personnalité de la mère que celles des enfants ainsi que des études sur l'homosexualité. Le 30 mars 2004, la Cour d'appel de Temuco a confirmé le jugement du tribunal de Villarica. La polémique surgit avec l'arrêt de la Cour suprême. Monsieur Lopez argumente sa demande de révision sur deux points principaux : les droits de la mère ont été privilégiés par rapport aux droits des enfants, la vulnérabilité des enfants n'a pas été protégée. Par trois votes contre deux, les juges de la Cour suprême vont accueillir favorablement la demande de garde du père invalidant la décision de la Cour d'appel.

L'argument principal invoqué par les juges est que l'intérêt des enfants a été subordonné à celui de la mère qui a commencé une relation homosexuelle dans le foyer familial où le père

est absent⁷⁹⁶. Il en ressort, selon les juges, que les enfants se retrouvent dans « une situation de vulnérabilité, car leur situation familiale exceptionnelle risque de les exposer à être objet de discrimination, ce qui affectera leur développement psychique ». Pour les juges, les familles traditionnelles « hétérosexuelles » sont « normales et appréciées dans le milieu social⁷⁹⁷ ». Pour eux la situation des trois enfants peut produire une confusion des rôles par l'absence d'un père de sexe masculin⁷⁹⁸ et de son remplacement par une autre personne de sexe féminin⁷⁹⁹.

Le Chili a réformé en 1999 son code pénal (article 365) qui interdisait les relations sexuelles entre des personnes du même sexe, majeures de dix-huit ans et consentantes. Le Chili a approuvé seulement en 2004 une loi autorisant le divorce qui abroge la législation sur le mariage civil datant de 1884. L'avortement reste interdit. C'est ce contexte anachronique concernant le droit de la famille qui explique la lenteur législative pour développer pleinement les principes de la CIDE et les réticences des juges à les appliquer. Il apparaît avec force dans la décision de la Cour suprême tant sur le fond que sur la forme.

Cet arrêt a été l'un des plus polémiques de l'année judiciaire 2004 au Chili. En faveur de la décision des juges suprêmes, l'Eglise dont Camilio Vial l'évêque de Temuco qui précise que « se préoccuper du bien supérieur de l'enfant est la finalité de ce jugement », contre la décision les organismes des droits de l'homme dont José Miguel Vivanco, directeur du secteur Amériques de HRW, qui considère que « les femmes homosexuelles ne doivent pas être forcées à choisir entre leur sexualité et leur condition de mère⁸⁰⁰ ».

Pour les juges de la Cour suprême, l'intérêt supérieur de l'enfant reconnu par la CIDE et par la législation chilienne, veut que des enfants soient retirés de la garde de leur mère au motif qu'elle vit avec une autre femme. Ils se fondent sur les articles 3 et 9 de la CIDE pour montrer, qu'en l'espèce, l'intérêt des enfants est d'être séparés de leur mère. Ils n'ont pas pris en compte, comme l'a fait le tribunal de première instance l'opinion des enfants, ni les expertises psychologiques nombreuses qui plaidaient en faveur du droit de la mère à garder

⁷⁹⁶ Point 15 de la décision de la quatrième chambre de la Cour Suprême du 31 mai 2004.

⁷⁹⁷ Point 20.

⁷⁹⁸ Souligné par l'auteur.

⁷⁹⁹ Point 17.

⁸⁰⁰ *La Nación*, 3 juin 2004. Le journal se fait écho des avis opposés devant la décision de la Cour Suprême.

les enfants. Enfin, cette décision entend l'intérêt de l'enfant comme une notion générale et non comme l'intérêt précis des trois mineures concernées. Le cas est à présent devant la commission interaméricaine des droits de l'homme saisie par la mère des trois filles. Il est probable que cette jurisprudence ne tienne pas longtemps. De fait, les arguments de la mère ont été pris en compte tant dans le premier jugement du tribunal d'instance, que dans l'arrêt de la Cour d'appel et par deux juges sur cinq de la Cour suprême qui, dans leur vote dissident concluaient : « l'homosexualité de la mère ne fragilise pas les droits des filles, ni la prive d'exercer ses droits de mère ». En marge de l'argumentation principale, Karen Atala, la mère des trois filles a précisé au cours du premier jugement, dans une phrase passée inaperçue, qu'elle assume maintenant « son droit à être heureuse et à se réaliser dans toutes les sphères de sa vie », témoignant ainsi du rôle nouveau dévolu à la famille qui, plus qu'une institution, doit être le lieu de l'épanouissement personnel de chaque individu qui la compose.

§ 2. - Critique de la doctrine

Le Chili depuis la ratification de la CIDE a donc effectué des réformes législatives d'importance⁸⁰¹. Il a adopté des instruments d'organisation de sa politique en faveur de l'enfance et a voulu mettre en place des institutions (comités, groupes de travail, bureaux...) afin de répondre aux obligations que la ratification de la Convention génère.

Cependant, pour les promoteurs de la doctrine de la situation irrégulière, la situation générale du cadre législatif ne satisfait pas encore aux exigences de la CIDE. Ce cadre, pour les doctrinaires, est en effet caractérisé par des réformes adoptées « au coup par coup », impliquant insuffisances, désordre, vides et contradictions à l'intérieur du système de protection des droits des enfants. Afin de remédier à cette situation, l'adoption d'un instrument juridique général et national en faveur de l'enfance permettrait d'unifier le système

⁸⁰¹ Outre les lois précédemment exposées, d'autres réformes peuvent être mentionnées : Amendements au code pénal, amendements au code de procédure pénale, modification code du travail modifiant l'âge minimum d'admission à l'emploi (de 14 à 15 ans), loi 19.043 de 1991 qui introduit des modifications sur les abus de publicité (protège par exemple les mineurs de dix-huit ans inculpés victimes de délits quant à la divulgation de son identité.), loi 19.042 de 1991, qui crée l'Institut National de la Juventud, service public destiné à créer, planifier et coordonner des politiques étatiques pour les jeunes, décret no 509 du 21 mars 1994 qui porte création d'équipes pour retirer des mineurs des prisons pour adultes, décret no 730 du ministère de la Justice, du 19 juillet 1996 qui porte approbation du règlement d'application du titre IV de la loi no 16 618 sur les maisons pour mineurs et institutions d'aide.

de protection intégrale des droits des enfants. Il deviendrait une référence efficace et permettrait une meilleure concordance.

Le CDE a encouragé l'Etat chilien « à créer un mécanisme indépendant et efficace doté de ressources humaines et financières suffisantes auquel les enfants auraient facilement accès. Il aurait pour mission de surveiller la mise en œuvre de la Convention, examiner diligemment et avec tact les plaintes émanant d'enfants et offrir des voies de recours en cas de violation des droits reconnus par la Convention⁸⁰² ». L'organisme compétent en la matière est le SENAME. Or, cette organisation est née avant l'entrée en vigueur de la Convention et son fonctionnement est marqué par la « doctrine de la situation irrégulière ». Le SENAME s'est proposé pour la période 2001-2006 de « contribuer à protéger et à promouvoir les droits des enfants et des adolescents qui ont été transgressés et à l'insertion sociale des adolescents qui ont enfreint la loi pénale... »⁸⁰³, répondant ainsi aux observations du CDE. Toutefois, les critiques des doctrinaires se concentrent sur plusieurs points de la législation chilienne. D'abord, cette dernière ne donne aucune définition de ce qu'il faut entendre par « enfant ».

L'article 26 du Code civil chilien prévoit : « On appelle enfant quiconque n'a pas sept ans révolus, impubère le jeune garçon qui n'a pas quatorze ans ou la jeune fille qui n'a pas douze ans, adulte quiconque est pubère, majeur quiconque a vingt et un ans révolus et mineur quiconque n'a pas vingt et un ans révolus ». Ensuite, le principe d'égalité n'est pas respecté. Par exemple, l'âge minimum pour pouvoir se marier est de douze ans pour les filles et de quatorze ans pour les garçons, de même la possibilité d'être écouté par le juge n'est pas reconnue. La loi 19 221 approuvée et promulguée le 1er juin 1993, fixe la majorité à dix-huit ans. Elle définit le « mineur » a *contrario sensu* de l'article premier de la Convention, en déclarant : « Est majeur quiconque a dix-huit ans révolus ». Ces éléments ne correspondent pas aux exigences de la CIDE. De plus, aucun âge de la responsabilité pénale n'est fixé.

Le Chili n'a pas de budget intégré pour les enfants, ne se réfère pas aux principes fondamentaux, et ne dispose pas de mesures pour protéger efficacement les enfants. Aucune disposition n'est prise contre les châtiments corporels, pratique « socialement acceptée ». Le Comité juge profondément préoccupantes les informations reçues sur l'ampleur du phénomène de la maltraitance d'enfants au sein de la famille et dans les institutions,

⁸⁰² Deuxième rapport périodique du Chili CRC/C/65/Add.13 juin 2001.

⁸⁰³ Sename, *Balance de gestión integral*, Rapport public 2001.

notamment celles qui dépendent du SENAME. Enfin, aucun système pénal conforme à la CIDE n'est proposé.

Au Chili, depuis 1994, deux projets de loi sont en discussion sans encore avoir été présentés au Parlement. Le premier concerne la protection des enfants nécessitant une assistance et le deuxième est relatif aux enfants en conflit avec la loi.

Le projet de loi qui établit un système de responsabilité des adolescents pour infractions à la loi pénale constitue une avancée. Il sépare le système juridique de protection des droits de l'enfance de la réponse pénale en créant un système spécifique pour les personnes de moins de dix-huit ans, système différent des adultes, mais qui en même temps dépasse l'idée d'incapacité pénale⁸⁰⁴. L'âge minimum d'imputabilité est de 14 ans. Les droits et garanties en matière pénale sont assurés. Le second projet de loi redéfinit les modalités d'attention des institutions collaboratrices et change le système d'assignation des ressources.

Le Chili se situe dans le peloton de queue de l'adéquation de son droit aux nouvelles normes internationales. Pourtant, malgré une situation de droit particulièrement critiquable du point de vue de la doctrine de la protection intégrale, la situation de fait, c'est-à-dire le nombre d'abus de droit commis sur des enfants par les autorités judiciaires, est plutôt satisfaisante par rapport aux pays voisins. Malgré des changements récents, le Chili a longtemps été considéré comme le « mauvais élève » des droits de l'enfant par la doctrine. Pourtant, si l'on fait abstraction de sa législation, un regard comparatif sur la situation réelle des enfants nous montre, à l'inverse, que la manière dont le pays « traite » ses enfants est sur bien des points exemplaire, le « bon élève » étant Cuba.

Section 2. - Des discours aux chiffres

Une des principales critiques adressées à la législation chilienne est que la loi permet au juge chilien de prononcer des mesures d'internement pour des enfants en situation irrégulière. Deux mille mineurs en « bénéficient » chaque année. La loi interdit au juge brésilien de le faire. Pourtant, de nombreux mineurs sont conduits en prison chaque année sans qu'il y ait un élément matériel légal le justifiant.

⁸⁰⁴ UNICEF, *La Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación chilena, un esfuerzo que recién comienza*, Document de travail n°1, Santiago, 2003.

§ 1. - La situation de fait

Comparés à d'autres pays du Cône Sud, les indices chiliens concernant la situation des enfants sont bons. Malgré, donc, une législation qualifiée de rétrograde, le Chili parvient à se situer dans le peloton de tête en terme de développement humain.

A - La question de la délinquance des jeunes

Au Chili, en 2000, près de 20 % des mineurs appréhendés par la police, soit en chiffres bruts 10 697 enfants, étaient internés pour des raisons de protection⁸⁰⁵ telles que la pauvreté, l'abandon, la maltraitance... Ce n'est pas le nombre de mineurs appréhendés par la police qui est en cause. En effet, il représente, cette même année, 7,6 % du total des arrestations⁸⁰⁶. C'est bien le nombre de mineurs arrêtés et privés de liberté pour leur protection qui concentre, à juste titre, les critiques. Il convient de signaler que les chiffres concernant la délinquance juvénile sont difficiles à exploiter. Le thème dans de nombreux pays est d'actualité ce qui entraîne de nombreuses manipulations. De plus, des différences notables existent pour la comptabilité de la délinquance juvénile selon les délits prévus par les codes pénaux, le nombre d'arrestations, les charges, les comparutions devant un tribunal, les condamnations ou les mesures privatives de liberté⁸⁰⁷. Il est particulièrement ardu de fournir des chiffres « officiels » des enfants incarcérés pour des motifs non prévus par la loi c'est-à-dire pour les pays dont la législation est en adéquation avec les principes de la CIDE. Comme la loi ne le prévoit pas, les statistiques officielles délaissent ce type de comptabilité.

Si, ces précautions méthodologiques étant faites, l'on rapproche la situation chilienne d'enfants emprisonnés pour des motifs de « protection » des pays qui ont réalisé une adéquation substantielle de leur ordre juridique interne à la CIDE, on remarque, une fois de

⁸⁰⁵ Ministère de la Justice, communiqué du 5 août 2002.

⁸⁰⁶ Ministère de la Justice, communiqué du 5 août 2002. Le rapport met en contraste le résultat chilien avec celui d'autres pays : (17 % aux Etats-Unis, 22.5% en France, 23% en Angleterre pour la même période).

⁸⁰⁷ Pour la difficulté de disposer de statistiques fiables voir UNICEF, « El problema con las cifras », Justicia Juvenil, Series: Innocenti Digest, 3, UNICEF ICDC, Florence, 1998, p. 7.

plus que le fait heurte le droit. Les pays dont la législation est qualifiée d'exemplaire par Mary Beloff sont : le Brésil, le Nicaragua, le Paraguay, Le Salvador, le Costa Rica et le Venezuela. Or, la situation des mineurs en prison dans ces pays est hétérogène. Si la détention pour protection, figure juridique chilienne toujours en vigueur, est bannie des codes des pays cités par l'avocate, elle est courante dans les faits. Cela rend, paradoxalement, la recherche de données plus complexe, car, répétons-le, la traditionnelle figure juridique de la « situation irrégulière » n'existe plus en droit. Les données concernant la situation des mineurs en prison, ainsi que les approximations statistiques sont alors le fait des ONG engagées pour la défense des droits des enfants. Se référant en général à la situation des enfants et adolescents brésiliens, Amnesty International signalait qu'elle recevait des rapports qui « indiquent que ceux qui gèrent le système de détention des mineurs se moquent quotidiennement du Statut⁸⁰⁸ ». Pour s'en convaincre, les rapports⁸⁰⁹ de l'ONG HRW qui a fait en 2002 et 2003 un travail important d'enquête sur la situation des enfants en détention tant au nord qu'au sud du Brésil, concluent que dans de nombreux cas, la police abuse physiquement des enfants en prison, l'infrastructure des centres est mauvaise. Les conditions de promiscuité lamentables. La majorité des centres de détentions ne font aucune investigation en cas de plaintes ayant trait à de mauvais traitements. Ils n'ont pas, de plus, de mécanismes prévus à cet effet. Les conditions de détention violent le Statut brésilien et le droit international dénonce HRW. Les observations des ONG internationales sont partiellement confirmées par l'Etat brésilien qui précise « 30 % des unités d'internement au Brésil répondent aux normes du Statut de l'enfant et de l'adolescent⁸¹⁰ ». Il faut comprendre par cette remarque du délégué brésilien que le Statut n'est majoritairement pas respecté en ce qui concerne la condition de détention des mineurs et les conditions de leur appréhension par les forces de police. De fait, de nombreux enfants de rues, s'ils ne sont pas exécutés avant, sont « recueillis » par la Police et mis en prison pour des durées excédant les quarante-huit heures de garde à vue légale. Cette manière de procéder, diamétralement opposée à la légalité chilienne, aboutit au même résultat. Le

⁸⁰⁸ Amnesty Internacional, « Nos tratan como animales, Tortura y malos tratos en Brasil: deshumanización e impunidad en el sistema de justicia penal », AMR 19/022/2001, octobre 2001.

⁸⁰⁹ Collectif, Confinamiento Cruel, Condiciones de detención de los niños en el norte de Brasil, HRW, New York, Avril 2003(en ligne) http://hrw.org/spanish/informes/2003/brasil_ninos.html#resumen ; et "Real dungeons" Juvenile Detention in the State of Rio de Janeiro, HRW, décembre 2004 (en ligne) <http://hrw.org/reports/2004/brazil1204/brazil1204text.pdf>

⁸¹⁰ Nations Unies, communiqué de Presse, le Comité des droits de l'enfant examine le rapport initial du Brésil, Comité des droits de l'enfant 14 septembre 2004.

thème d'actualité concernant le Brésil n'est d'ailleurs pas tant la détention illégale des mineurs comme au Chili, mais leur exécution par les forces de police et les escadrons de la mort, phénomène particulièrement choquant pour le pays dont l'adéquation juridique du droit interne à la CIDE est exemplaire. Ce type de situation est inexistant au Chili.

Ce contraste pose avec force la question du droit comme outil privilégié pour l'amélioration des enfants dans un pays donné. Nous y reviendrons.

B - Indices favorables

Sur un plan général, si l'on choisit comme critère l'indicateur de développement humain mis au point par le Programme des Nations Unies pour le Développement⁸¹¹ le Chili apparaît à la quarante-troisième place alors que le Brésil est situé à la soixante-douzième place. Concernant les législations sur l'enfance, celle du Brésil, avec le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent est qualifié d'exemplaire par les doctrinaires de la protection intégrale⁸¹², alors que celle du Chili est dénoncée comme déficiente, même si de notables progrès sont constatés.

La majorité des indicateurs concernant la situation des enfants dans le domaine de l'éducation et de la santé, mais également sur le plan de la violence où du travail place le Brésil loin derrière le Chili.

Les quelques indicateurs proposés ci-dessous ont été retenus à titre illustratif. Ils permettent de mettre en doute le lien direct entre la qualité de la loi et son impact réel sur la situation des enfants. De manière plus générale, si l'on essaye de mettre en relation les pays dont la législation est la plus avancée en matière de droits des enfants, selon les experts de l'UNICEF, avec la situation réelle des enfants, il est difficile d'arriver à une conclusion qui mette en évidence les conséquences de la législation sur les enfants.

⁸¹¹ PNUD, *rapport sur le développement humain*, PNUD, 2004.

⁸¹² Voir page 172.

Indicateurs en pourcentages⁸¹³	Brésil	Chili	Source
Taux estimé de mortalité infantile 2000/2005	27,3	8	CEPAL 2004
Moyenne des années d'étude des 15/24 ans	8,1	10,9	CEPAL 2004
Jeunes de 15/19 ans qui n'ont pas assisté à l'école	2,2	0,3	CEPAL 2004
Dépenses publiques en Education/Dépenses publique	12,2	17,7	CEPAL 2004
Dépenses publiques en santé/Dépenses publiques	9,9	12,3	CEPAL 2004
% des nouveaux nés présentant une insuffisance pondérale à la naissance	10	5	UNICEF 2004
Taux d'homicides chez les jeunes de 10/29 ans (94/95)	32,5	3	OMS 2004

La situation actuelle des enfants brésiliens ne peut masquer le déni de droit dont pâtissent nombre d'enfants « protégés » par l'Etat. A l'inverse, l'exemple chilien met en évidence que les nouvelles législations sur l'enfance ne garantissent en aucun cas des progrès spectaculaires quant à la situation des enfants.

C'est, nous l'avons observé, dans le domaine pénal que les critiques sont les plus aiguës concernant la situation des droits des enfants au Chili. La législation chilienne dénonce Miguel Cillero⁸¹⁴ « dans ses grandes lignes a été élaborée il y a plus de soixante-dix ans, et depuis dix ans, on a essayé de la changer, sans grands résultats ». Notre système poursuit Cillero « nous permet d'envoyer des mineurs de plus de seize ans dans le système des adultes (...), tous les pays de la région ont avancé dans leur code de l'enfance tandis qu'au Chili, il y a encore un débat ». Cette préoccupation est partagée par le CDE qui souligne dans ses observations⁸¹⁵ : « que la détention n'est pas utilisée seulement en dernier recours, particulièrement dans le cas des enfants pauvres et socialement défavorisés, et que, souvent, des enfants sont détenus dans des centres de détention pour adultes ».

La responsabilité pénale des mineurs est loin d'être conforme à la CIDE. L'ancien droit de la « situation irrégulière » prédomine. En effet, la persistance de la loi de 1979 entraîne une confusion entre la politique criminelle et la politique sociale⁸¹⁶. Les enfants peuvent être

⁸¹³ Tableau réalisé par l'auteur : Sources : CEPAL, *Panorama Social de America Latina*, 2004, UNICEF, *La situation des enfants dans le monde*, 2004. OMS, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, 2002 ; PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, 2004.

⁸¹⁴ Cité par M.C. Espinoza, « Infancia Chile, Retroceso en sistema de justicia juvenil », *Inter Press Service News Agency*, mai 2005.

⁸¹⁵ UNICEF, OHCHR (2004), p. 133, paragraphe 53.

⁸¹⁶ Voir: D. Mettifogo et R. Sepúlveda, *La situación y el tratamiento de jóvenes infractores de ley en Chile*, Centro de estudios en seguridad ciudadana, Universidad de Chile, 2001.

incarcérés soit parce qu'ils ont commis un délit, soit parce qu'ils « bénéficient » d'une mesure d'assistance ou de protection. Cette protection les prive de liberté.

La nouvelle réforme du système est en cours et reste controversée. En novembre 2005, une nouvelle loi de responsabilité pénale a été promulguée par le président Ricardo Lagos. Pour le ministre de la Justice Luis Bates, la loi⁸¹⁷ « met en place un vaste catalogue de sanctions privatives de liberté et non privatives de liberté, qui cherchent à lutter contre le délit, à apporter une protection effective aux victimes et garantir un procès juste aux jeunes auteurs d'infractions ». Devant cet outil juridique, l'UNICEF⁸¹⁸, tout en insistant sur l'importance de disposer d'une loi spécifique de responsabilité pénale des adolescents, manifeste sa préoccupation d'une part concernant l'excessive dureté de la loi qui place la prison comme solution normale au délit alors que selon la CIDE elle doit être d'ultime recours et pour le temps le plus limité possible. Par ailleurs, précise l'UNICEF dans son communiqué, la majeure partie de ressources est destinée à l'infrastructure carcérale au lieu de solutions alternatives à la prison. Le droit des enfants a profondément été modifié au Chili dans un sens de l'adéquation à la CIDE. Selon les observateurs, il reste du chemin à faire et le pays reste « le mauvais élève » de l'intégration de la CIDE dans son droit interne. Pourtant si l'on s'intéresse à la situation réelle des enfants chiliens en la comparant à celle d'autres pays du continent, on se rend compte que la classification n'est plus la même que celle proposée par les doctrinaires.

§ 2. - L'exception de Cuba

Dans un esprit comparatif, une incise spéciale doit être faite concernant le cas de Cuba. L'île des Caraïbes est, par son histoire, sa géographie et surtout son système politique, en marge du continent. Cuba a signé la CIDE le 21 août 1991. Déjà en 1994, l'UNICEF signalait que « tout enfant cubain a un repas par jour, sous un toit, il se rend à l'école et peut faire ses devoirs au sein d'un foyer, il peut se laver et être gratuitement soigné⁸¹⁹ ». En règle générale,

⁸¹⁷ R. Downey, « Nueva justicia juvenil tiene seis meses para ponerse a punto », *El Mercurio*, 28 novembre 2005.

⁸¹⁸ Communiqué de l'UNICEF du 17 octobre 2005.

⁸¹⁹ *La situation des enfants dans le monde*, UNICEF, 1994.

et encore aujourd'hui, les indicateurs sociaux sont meilleurs à Cuba que dans les autres pays du continent.

C'est l'argument qu'utilise le gouvernement cubain lorsqu'il affronte les critiques concernant les violations des droits de l'homme dans l'île. A la suite de la condamnation de Cuba à Genève pour violations des droits de l'homme en 2001, Fidel Castro a prononcé un étonnant discours. « Tous les pays d'Amérique latine qui nous ont condamné à Genève (...) sont bien éloignés des indices cubains en terme d'éducation, de culture et de santé, fondamentaux pour une vie saine et juste des citoyens. Aucun d'eux n'atteint Cuba dans aucun indice⁸²⁰ ». Vérification faite, nous remarquons que sur cette question les taux de scolarisation, de santé, d'espérance de vie, du nombre de médecins ou d'infirmières par habitant, de mortalité infantile, d'accès à l'eau potable sont toujours supérieurs à Cuba qu'à la moyenne des pays d'Amérique latine. Souvent les indices de Cuba dans le domaine de l'éducation et de la santé sont les meilleurs du continent, proches ou égaux à de nombreux pays européens. Que faut-il conclure du très idéologique cas cubain ? Sur les chiffres fournis par Fidel Castro, ils sont proches de ceux de la Banque Mondiale ou des agences spécialisées des Nations Unies. Des variations existent, elles sont légères et dépendent la plupart du temps des années prises en compte. Concernant la protection des enfants, il est à mettre au crédit de la révolution cubaine que les enfants de l'île ont un accès à la santé et à l'éducation publique (l'éducation privée n'existe pas) comme nulle part ailleurs dans le continent.

Une publication de l'UNICEF l'exprime par ses mots : « Dans le domaine de la santé, son profil (de Cuba) est aujourd'hui comparable à celui des pays développés. Pour ce qui est de la promotion de l'éducation, aucun autre pays latino-américain n'a atteint un taux de fréquentation scolaire pratiquement universel, contrairement à Cuba, qui y est parvenu pour les filles aussi bien que pour les garçons, et ce, malgré un revenu par habitant nettement

Indices	Amérique latine	Cuba	Source
Taux de scolarisation (primaire)	92%	100%	Banque Mondiale
Mortalité infantine moins de cinq ans/1000 vivants	32.8	8.1	Banque Mondiale 2003
Médecin pour 100 000 habitants	160	590	UNDP 2002
Espérance de vie	70.9	76.9	Banque Mondiale 2003
Accès à l'eau potable	91	86	Banque Mondiale 2003

inférieur⁸²¹ ». Le président de la Banque Mondiale James Wolfensohn, peu suspect de sympathie envers le régime castriste, pouvait, en 2001, faire l'éloge de Cuba dans le domaine du développement social, spécialement en santé et en éducation⁸²². Ces commentaires, rares de la part de la Banque, ont été faits peu de temps après la publication du rapport 2001 de la Banque sur le développement mondial qui met en évidence les bons résultats de Cuba dans ces domaines.

Les résultats exceptionnels de l'île concernant la protection de l'enfance montrent d'une part que le respect des droits de l'enfant n'entraîne pas *ipso facto* la démocratie, et d'autre part que la qualité de la démocratie ne garantit pas le respect des droits de l'enfant.

Ces constatations ne signifient pas en elle-même l'inutilité de la stratégie de l'adéquation prônée par les défenseurs des droits des enfants. Elles en montrent les limites. La première est que l'expression juridique d'un droit tel que le droit à l'éducation ou le droit à la santé n'implique pas mécaniquement que ce droit soit réellement appliqué. La deuxième est que l'application d'un droit ne dépend pas nécessairement de la qualité juridique de la règle, c'est-à-dire en l'espèce de sa conformité avec les principes de la CIDE. Elle est assujettie à un contexte politique, économique, social, démographique, sociologique qui prend une large part dans la détermination desdits droits. Concernant le Chili par exemple, le faible taux de chômage, la croissance économique, la stabilité politique actuelle sont d'importants garants d'une meilleure réalisation des droits de l'enfant. Concernant Cuba, la volonté politique à long terme orientée vers l'amélioration de la santé et de l'éducation garantit sans conteste une meilleure réalisation des droits économiques et sociaux. La troisième limite est que la stratégie des défenseurs des droits de l'enfant en Amérique latine ne peut se cantonner à la stratégie de l'adéquation juridique complétée par l'effort pédagogique de la diffusion des droits. En effet, faire la promotion dans le domaine juridique et dans le corps social de droits dont l'application ne coule pas de source comporte un effet pervers qui est la disqualification de ces mêmes droits.

⁸²⁰ Discours prononcé par Fidel Castro, Jour international des travailleurs, Place de la Révolution, 1er mai 2002.

⁸²¹ S. Mehrotra, « Human Development in Cuba: Growing Risks of Reversal », in Mehrotra et Jolly, *Development with a Human Face*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

⁸²² J. Lobe, Communiqué de Presse, InterPress Service News Agency, 30 avril 2001.

TITRE 2. - LES DROITS DE L'ENFANT A L'EPREUVE DES CRITIQUES THEORIQUES

Grâce aux réels efforts législatifs de l'ensemble des pays latino-américains impulsés et soutenus par les promoteurs de la doctrine de la protection intégrale, le nouveau droit des enfants a investi et modifié le panorama juridique. L'influence déterminante de la CIDE a permis de subroger l'ancien droit des mineurs. La Convention a servi et sert, en Amérique latine, de socle dans le processus de refonte des lois touchant à l'enfance. Cette unanimité autour de la CIDE devrait logiquement entraîner une unanimité dans son application. Ce n'est pas le cas.

Si les dangers d'un retour en arrière restent d'actualité, en particulier concernant le droit pénal des adolescents⁸²³, ils ne peuvent expliquer, à eux seuls, la médiocre application de la CIDE dans le continent.

Son influence sur la situation des enfants reste à démontrer. Il ne s'agit pas ici de livrer une vision manichéiste sur l'utilité ou non d'une Convention internationale, mais bien de poursuivre sa réinterprétation en revisitant les principales critiques qui ont été faites dès sa ratification. Ces critiques issues tant de juristes, que de philosophes ou de pédagogues mettent en lumière les limites de la CIDE et sont autant de facteurs explicatifs à son manque d'effectivité.

⁸²³ Comme le montre, par exemple, la multiplication des lois antimaras en Amérique Centrale. Voir page 283.

SOUS-TITRE 1. - LES CRITIQUES DU DROIT

Dans le domaine juridique, au-delà des critiques techniques concernant les modalités d'application de la CIDE et son intégration dans les droits nationaux, il est utile de revenir, avec Michel Villey, sur la nature des droits de l'homme. Pour lui, elle porte une contradiction fondamentale. Ce sont des droits et ils sont inapplicables. Cette réflexion sur les fondements théoriques des droits de l'homme n'intéresse pas les juristes latino-américains qui, avec le philosophe italien Norberto Bobbio, réaffirment que le positivisme des droits de l'enfant rend inutile la discussion philosophique.

Une autre critique nous provient de la sociologie du droit qui voit dans le développement rapide des droits (dont les droits de l'enfant) une « explosion de droits subjectifs⁸²⁴ » qui fait perdre de sa substance au droit lui-même. Le point de convergence des deux critiques conduit à relativiser l'impact de la Convention.

⁸²⁴ L'expression vient de J. Carbonnier, *Flexible Droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, cinquième édition, 1983, p.363. « La philosophie des lumières a jeté à bas le régime féodal et lancé vers l'avenir ces droits de l'homme qui n'ont pas fini d'exploser en chaîne ». Dans ce sens Villey (1986), p.146 : « On n'arrive plus à concilier ces droits que notre époque secrète en tous les sens ».

CHAPITRE 1. - CRITIQUES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT

Gêné par l'irruption des droits de l'homme, Villey tente de démontrer en poussant à bout leur logique qu'ils sont, pour certains d'entre eux inapplicables. Son analyse, comme tous les efforts de réflexion sur le fondement des droits de l'homme, est balayée par les doctrinaires latino-américains au nom du droit positif.

Section 1. – La critique de Michel Villey

Une des critiques la plus polémique et courageuse concernant le rapport des droits de l'homme avec le droit vient de Michel Villey⁸²⁵. D'emblée et devant l'extraordinaire engouement de la communauté internationale vis-à-vis des droits de l'homme, le philosophe du droit « s'excuse » de l'inutilité de sa démarche. Les droits de l'homme ayant intégré le droit positif, son argumentation serait, écrit-il lui-même, sans effet.

Elle l'est sans doute si l'on se réfère à l'efficacité politique des droits de l'homme et au vaste mouvement de dénonciation des injustices et atrocités commises au cours du vingtième siècle. Elle devient pertinente lorsque l'on s'interroge sur leur réelle efficacité et, en l'espèce, sur les difficultés d'application de la CIDE. Il y aurait, selon Villey, une contradiction intrinsèque au développement serein des droits de l'homme.

§ 1. - Des droits irréalisables, injustes et contradictoires

Les droits de l'homme sont injustes. Villey défend cette thèse à contre-courant en montrant qu'il y a un défaut dans le fondement même des droits de l'homme. Ils ne peuvent pas être, tous, exigibles. Appliquée aux droits de l'enfant, la critique du philosophe garde sa validité. De fait, sur le terrain des pratiques sociales, les droits de l'enfant heurtent de plein fouet

⁸²⁵ Villey (1983).

d'autres droits. La polémique concernant les droits de l'enfant à naître illustre les réticences de Villey.

A - Des droits injustes

Pour Villey, les droits de 1789 sont irréalisables⁸²⁶, contradictoires et illusoire. Il ne met pas en question l'égalité ontologique de l'homme, mais la définition du droit à partir d'un individu pris isolément, au-delà de sa relation aux autres.

La critique de Villey contre ces « prétendus droits » n'est pas à prendre à la lettre. Elle doit être comprise du point de vue de la finalité du droit. Les principaux instruments de défense des droits de l'homme naissent du combat contre le souverain (1789) ou de l'indignation contre les horreurs de la guerre (1948). La CIDE naît de l'émotion suscitée devant la situation des enfants dans le monde. Ils naissent, écrit Villey, comme un « antidote⁸²⁷ », comme un remède contre l'oppression. Mais, continue-t-il, octroyer des droits libertés à certaines catégories de la population aboutit à de grandes injustices, pires parfois que celles que l'on voulait combattre. « Le droit de la femme ou de l'homme à travailler, illustre Villey, contrariera le droit de l'enfant à l'éducation⁸²⁸ ». Ces droits contradictoires, sont, reconnaît-il, opératoires. Il signifie en cela qu'un avocat fait bien de les utiliser pour défendre et protéger son client⁸²⁹.

Concernant les droits de l'enfant, il est certainement utile de relire cette critique. Sont-ils, comme le démontre Villey irréalisables ? Il faudrait sans doute reprendre la distinction entre les droits créances et les droits libertés. Le droit à un nom est certes plus facile à obtenir que le droit à l'éducation. Par ailleurs, la réalisation partielle ou totale de certains droits nuance les propos du philosophe. Il s'agit de la partie « positive » de la CIDE, celle qui est intégrée au droit par la loi et qui s'applique. Néanmoins, l'irruption de droits nouveaux et en particulier

⁸²⁶ « Qu'il soit cependant permis de noter d'abord que ces prétendus droits (les droits de l'homme), de quelque manière qu'on en ait défini le contenu, se révèlent irréalisables » M.Villey, *Philosophie du Droit*, T1, p. 145.

⁸²⁷ Villey (1983), p. 9.

⁸²⁸ Villey (1983), p. 13.

⁸²⁹ Villey (1983), p.14.

les droits à la santé ou à l'éducation milite dans le sens de Villey. Ils risquent de rentrer en conflit avec d'autres droits subjectifs. Si l'un se réalise, l'autre reste en retrait. De cet « affrontement des individualismes⁸³⁰ », le droit du plus fort risque de l'emporter. En essayant de dépasser cet antagonisme, on peut se demander qui tire profit de ces conflits de droits. La progéniture innombrable des droits de l'homme aboutit pour le professeur Franck Van Dun⁸³¹, philosophe du droit de l'université de Maëstricht, à une crise du droit favorisant l'emprise de l'Etat sur la société et les individus. De là vient l'hypothèse libérale qu'une des conséquences de ces conflits de droit est « l'organisation progressive des relations humaines sous le contrôle et la gestion d'une multitude d'institutions politiques réunies dans un réseau sans frontière ». Si le constat est largement partagé, la conclusion de Van Dun l'est moins. Il est en réalité fort difficile de déterminer à qui profitent ces droits « injustes ».

B - Des droits irréalisables : le cas de l'enfant à naître

L'exemple de la question de l'enfant à naître⁸³² illustre la question du conflit de droits fondamentaux mise en avant par Villey. L'article 6.1 de la CIDE stipule que « Les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie. » Que signifie ce droit à la vie dont parle la CIDE ? L'Argentine, à l'instar de plusieurs pays latino-américains de tradition catholique⁸³³, avait fait une déclaration lors de la ratification de la CIDE qui précisait qu'« en ce qui concerne l'article premier de la Convention relative aux droits de l'enfant, la République argentine déclare que le mot « enfant » doit s'entendre de tout être humain du moment de la conception jusqu'à l'âge de 18 ans ». Déterminer le début de la vie comme le moment de la conception c'est la doctrine de l'Eglise catholique reprise par le législateur

⁸³⁰ L'expression est d'Irène Théry.

⁸³¹ F. Van Dun, Dossier Droits de l'homme, Institut Euro 92, novembre 1998 (en ligne) http://demlib.com/dossiers/droits_de_lhomme/9811.pdf.

⁸³² Signalons qu'en France, le débat actuel se déplace du droit à naître au droit à ne pas naître. Voir l'avis du Comité National d'Ethique n°68 Handicaps congénitaux et préjudice du 29 mai 2001. « La reconnaissance d'un droit de l'enfant à ne pas naître dans certaines conditions apparaîtrait hautement discutable sur le plan du droit ». Cette reconnaissance est largement discutée.

⁸³³ Au Chili la jurisprudence protège le droit à la vie des enfants à naître : « Servicio de Salud Metropolitana Sur con Quilaleo », Cour d'appel de San Miguel, action en tutelle, rol P 20-95, 6 février, 1995. (Il s'agissait d'un cas de refus de transfusion sanguine pour des motifs religieux).

argentin⁸³⁴. De ce point de vue, la réserve de l'Etat argentin à la CIDE élargit son champ présumé⁸³⁵ en introduisant les droits de l'embryon. Soutenues par l'Eglise catholique romaine, les organisations « pour la vie » se sont constituées en lobbying et tentent de protéger « l'enfant à naître ». En Argentine, leur action a, en partie, prospéré. Le décret présidentiel N° 1406/98 du 7 décembre 1998, signé par le président Carlos Menem institue le « jour de l'enfant à naître », le 25 mars⁸³⁶ de chaque année. Le fondement de ce décret ne doit pas étonner. Il rattache « les droits de l'enfant à naître » à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et aux Déclarations de Genève de 1924 et des Nations Unies de 1959.

Mais la référence la plus détaillée dans le texte présidentiel est celle de la CIDE. Est mis en exergue la filiation entre les droits de l'homme, des enfants et du fœtus. Le décret précise qu'« ayant à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance⁸³⁷ ». Le décret, dans la logique de la déclaration que l'Argentine avait formulée lors du processus de ratification de la CIDE, ajoute que « le droit à la vie n'est pas une question d'idéologie, ni de religion, mais une émanation de la nature humaine ». Le droit de l'enfant à naître serait donc un droit naturel. De la célébration du jour pour l'enfant à naître à la proposition d'une Déclaration protégeant les droits de l'enfant à naître et en particulier celui de naître il n'y a qu'un pas que franchissent résolument les « partisans de la vie » et de l'interdiction de l'avortement.

Il est probable que les défenseurs des droits des enfants et même le législateur argentin ne souhaitent pas aller jusque-là, contrairement aux groupes de pression qui les y poussent. L'Association pour la défense et la promotion de la famille⁸³⁸ travaille pour la reconnaissance

⁸³⁴ Rappelons que la législation argentine actuelle permet l'avortement en cas de danger pour la mère et en cas de viol selon l'article 86 du Code Pénal Argentin.

⁸³⁵ La France a fait une réserve inverse : « Le gouvernement de la République déclare que la présente Convention, notamment l'article 6, ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative à l'interruption volontaire de grossesse ».

⁸³⁶ Ce jour serait pour les chrétiens l'incarnation de Jésus dans le ventre de sa mère.

⁸³⁷ Souligné par l'auteur. Cette phrase est une transcription littérale du préambule de la déclaration de 1959. Elle fait écho à un principe issu du droit romain qui veut que « l'enfant conçu soit considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts ».

⁸³⁸ Il s'agit du Comité argentin de l'ONG des Etats-Unis « Human Life Internacional » Servicio a la Vida Movimiento Fundar Gacetilla n° 14. L'association Human Life Internacional a des comités dans 51 pays des cinq continents.

du droit à la vie. De fait, elle a présenté par l'intermédiaire de la députée Patricia Ruiz Moreno de Ceballos le 23 mars 2000 un « projet de Déclaration des droits de l'enfant à naître » afin qu'il soit inscrit dans la législation de la ville de Buenos Aires.

La Déclaration proposée suit le même raisonnement que le décret 1406/98, déjà cité. Elle insiste sur « le droit inhérent à la vie » comme un droit reconnu par la CIDE en y ajoutant des considérations de droit interne. Le Code civil argentin, disent les promoteurs du projet de Déclaration, a reconnu que l'existence d'une personne commence depuis sa conception⁸³⁹. Référence est également faite à la Convention Américaine des Droits de l'Homme (Pacte de San José) dont l'article 4 est intitulé droit à la vie⁸⁴⁰ qui signale que « toute personne a droit au respect de sa vie (...) à partir de sa conception ».

Ce même document précise que le Guatemala⁸⁴¹ et le Nicaragua⁸⁴² ont déjà adopté le 25 mars comme jour de l'enfant à naître. Au Chili et au Brésil, des projets vont dans ce sens. C'est donc au nom des droits de l'enfant que l'embryon doit être protégé. A l'inverse se développe aux Etats-Unis en particulier une jurisprudence sur l'action en « wrongful life » qui met en avant le droit de l'enfant à ne pas naître. Ce débat n'est pas nouveau⁸⁴³. Le droit romain distinguait l'enfant à naître comme partie du corps de la mère ou comme potentiel bénéficiaires de droits (dans le cas d'une succession par exemple).

Par extension, la multitude de questions juridiques soulevée par les avancées de la génétique fait violence aux principes de la CIDE. Les droits de l'enfant se conjuguent mal avec le droit à l'enfant qui s'interprète souvent comme le droit à l'enfant sans défaut. Ces questions sont, par essence, davantage idéologiques, politiques ou éthiques que juridiques.

⁸³⁹ Article 63 et 70 du Code Civil argentin.

⁸⁴⁰ CADH Article 4.1 « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ».

⁸⁴¹ Congrès du Guatemala, 20 mai 1999.

⁸⁴² Décret du président A. Alaman du 25 janvier 2000.

⁸⁴³ Dekeuwer-Défossez (2001), p.8 à 9.

C Les cas des droits sexuels et reproductifs

Le programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement des Nations Unies (Le Caire, 1994) a consacré les termes de droits reproductifs. « Ces droits (en matière de reproduction) reposent sur la reconnaissance du droit fondamental de tous les couples et des individus de décider librement et avec discernement du nombre de leurs enfants et de l'espace de leurs naissances et de disposer des informations nécessaires pour ce faire, et du droit de tous accéder à la meilleure santé en matière de sexualité et de reproduction ». La conférence a été marquée par un niveau de participation élevée. Onze mille délégués des gouvernements, des agences internationales, d'ONG, de militants ont permis d'aboutir à un large consensus.

Cette unanimité autour des droits reproductifs est diminuée par le nombre de réserves émises en particulier celles provenant des pays d'Amérique latine concernant la protection de l'enfant dès la conception, la notion de famille comme union d'un homme et d'une femme et le refus de l'avortement comme méthode de régulation des naissances. L'Argentine, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, l'Équateur, le Guatemala et le Salvador ont émis des réserves dans ce sens. À titre d'exemple, la réserve du Salvador résume les réticences latino-américaines envers ce nouveau concept : « Les pays d'Amérique latine ont signé la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José), dont l'article 4 énonce sans la moindre ambiguïté que la vie doit être protégée dès le moment de la conception ».

Ainsi, de l'autre côté du miroir des droits subjectifs, le Comité d'Amérique latine et des Caraïbes pour la défense des droits de la femme (CLADEM) est en campagne pour étendre à la région les principes du programme d'action du Caire. Le Comité propose que soit établie une Convention interaméricaine des droits sexuels et reproductifs.

Le projet de la Convention inclut le droit de décider donc celui d'avorter. Ce qui est évidemment dénoncé par les défenseurs du « droit à la vie ». Ce droit de décider est-il un droit naturel de même nature que le « droit à la vie » de l'enfant à naître ? Ces droits s'opposent. Au projet des défenseurs du droit de l'embryon se profilent des projets de loi instituant la dépénalisation de l'avortement.

Ce qui nous intéresse ici n'est pas d'ouvrir un débat sur le commencement de la vie, mais de mettre en évidence le danger d'une vision sans critique de la déclinaison des droits de

l'enfant. « L'être humain âgé de moins de dix-huit ans⁸⁴⁴ » est une construction juridique de la fin du vingtième siècle, de la même manière que les droits de l'enfant sont les droits positifs reconnus par la CIDE et les instruments qui ont suivi. Dans ce sens, la question des « droits de l'enfant à naître » pose directement la question du droit naturel et des droits subjectifs s'y attachant. Il est temps de s'en débarrasser. Nous avons vu que, pour les partisans du droit naturel, les droits de l'homme préexistent aux droits positifs charge au législateur, de les découvrir puis de les inclure dans la législation positive. Il est pertinent alors de se demander quels sont les droits de l'homme, inhérents à sa personne, qui n'ont pas encore été découverts ? En l'espèce, le « droit à l'avortement » conquis durant le vingtième siècle ne résisterait pas longtemps à l'intérêt supérieur de l'enfant (à naître).

Ce conflit entre deux droits « naturels à découvrir » est d'actualité plus de quinze années après la ratification de la CIDE. En effet lorsque l'UNICEF se lance dans des campagnes de planning familial, les organisations « pour la vie » voient, entre autres, se profiler le droit à l'avortement⁸⁴⁵. Ces revendications sont logiquement appuyées par le Vatican⁸⁴⁶ qui a dénoncé cette campagne de l'UNICEF⁸⁴⁷. Plus tard si l'embryon finalement naît et que sa mère ne veut pas de lui, s'opposeront le droit de l'enfant à avoir accès à son identité reconnu par l'article 7 de la CIDE et celui de sa mère à pouvoir donner naissance sous X, reconnu par certaines législations dont la française.

En impulsant, à la fois, les « droits de l'enfant » et les « droits reproductifs et sexuels » les Nations Unies risquent de se confronter à la « quadrature du cercle » donnant raison à Michel Villey qui, vingt ans auparavant, pointait déjà le danger de faire passer pour absolus des droits contradictoires entre eux, donc irréalisables. Le caractère flou de la CIDE se reflète dans cette

⁸⁴⁴ Article 1 de la CIDE.

⁸⁴⁵ « Nous sollicitons que soient faites des recommandations au Vatican pour qu'il suspende toute aide économique à l'UNICEF, jusqu'à ce que cette organisation cesse ses activités en faveur des anticonceptifs, avortements et stérilisations envers ceux qui constituent le peuple de Dieu », in UNICEF, « Tries to Coopt the Church », par Jean Guilfoyle, Boletín de Human Life International, HLI Reports, septembre 1992.

⁸⁴⁶ Le Vatican a cessé ses donations (symboliques) à l'UNICEF en 1996. Reuters, *Le monde*, 6 novembre 1996.

⁸⁴⁷ The Roman Catholic Church withdrew its contribution to the United Nations children's fund UNICEF following use of the pill for rape victims during the war in Bosnia-Herzegovina in 1992-95. BBC news 13 avril 1999.

question. Certains auteurs⁸⁴⁸ s'en plaignent et auraient souhaité soit une claire protection du fœtus, soit une claire protection de l'avortement.

La promotion des droits de l'enfant peut ainsi aboutir à une impasse dialectique aux conséquences concrètes importantes : la victoire juridique d'une catégorie des détenteurs de droits subjectifs sur l'autre. Là encore, il n'est pas sûr que les enfants aient le dessus.

§ 2. - Des droits illusoires

Villey insiste sur la faiblesse des droits de l'homme. Ils ne sont pas, pour certains, notamment les droits liberté, juridiquement effectifs. De ce fait, ils sont créateurs d'illusions dans le sens où les détenteurs de droits ont l'illusion d'avoir le pouvoir de les satisfaire. Et, à son tour, cette illusion produit des effets.

A - Des droits dépendants de l'opinion

Le droit international prend le relais de la critique de Villey en mettant au centre de ses préoccupations l'effectivité d'un tel droit. De fait, la question de l'effectivité du droit international public est le critère controversé, mais central des conventions internationales. Concernant la CIDE, son application repose uniquement sur la bonne volonté supposée des pays signataires. Le professeur Pierre Marie Dupuy⁸⁴⁹ met l'accent sur la précarité des procédures de garantie des droits de l'homme⁸⁵⁰ en soulignant la rareté des contrôles juridictionnels⁸⁵¹ et la portée limitée des contrôles administratifs⁸⁵². Dans son ouvrage *Droit*

⁸⁴⁸ P.P Miralles Sangro, « La importancia de los derechos humanos y la protección del menor para el derecho internacional privado convencional: regionalismo, universalismo y globalización » in Y. Gómez Sánchez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión nacional de los derechos humanos, Mexico, 2004, p.363

⁸⁴⁹ P.M. Dupuis, *Droit International Public*, Dalloz, 5ème édition, Paris, 2000.

⁸⁵⁰ Dupuis (2000), p. 223.

⁸⁵¹ Dupuis (2000), p. 224.

⁸⁵² Dupuis (2000), p. 231.

International Public, le chapitre consacré à la protection des droits de l'homme s'achève sur « l'importance croissante du rôle de l'opinion⁸⁵³ » comme si cette dernière avait pour but de suppléer l'absence de mécanismes efficaces pour faire respecter ces droits. Étonnants sont les droits qui dépendent de l'opinion, « gouvernante, militante ou de masse », pour exister. Cette importance de l'opinion pour l'application des droits de l'homme montre clairement que leur application ne va pas de soi. Le rôle de l'opinion pour l'exemple choisi du « droit de l'enfant à naître » est déterminant. Sa réalisation dépendra essentiellement de la qualité du lobbying et du pouvoir de conviction des associations « pro-vie » et des associations de défense du droit des femmes et de la réceptivité du législateur devant l'une ou l'autre des thèses en présence. Il y a là un abandon du droit, incapable de gérer ce conflit. De ce point de vue, le travail incessant de lobbying juridique des promoteurs de la CIDE et de l'UNICEF pour « imposer » en Amérique latine et au monde les droits de l'enfant témoigne de la faiblesse de ces droits. L'insistance sur la participation, à la racine même de la CIDE, et des méthodes « dites nouvelles » de production de droit peuvent être lues *a contrario* comme un aveu d'impuissance du droit des enfants. Il aurait besoin de monopoliser l'attention autour de lui pour être reconnu. Le doyen Vedel parle ici de droits « sans provision » et Paul Ariès de « droits à exercice aléatoire⁸⁵⁴ ». Toutefois, l'effectivité relative de ces droits ne doit pas être considérée comme une condition *sine qua non* de leur existence. Ils produisent des effets indépendamment de l'application ou non de la norme. Jean Michel Blanquer évoque à ce sujet l'impact politique, social et juridique des constitutions latino-américaines donnant l'exemple de l'émergence, en Colombie, d'une identité indienne par la reconnaissance des droits indigènes⁸⁵⁵. Le même phénomène se produit dans l'ensemble de la région avec les droits des enfants. Même illusoire, les droits de l'enfant contribuent à faire émerger une conception particulière de l'enfance. La Convention de New York a engendré une représentation influente de l'enfant.

⁸⁵³ Dupuis (2000), p. 233.

⁸⁵⁴ Paul Ariès (1989), p. 131.

⁸⁵⁵ Blanquer (2001), p. 46.

B - Des droits créateurs d'illusion

Michel Villey ne manque pas d'humour en procédant à une énumération contradictoire des « droits liberté » : « le droit à la vie s'accorde mal à la liberté de l'avortement, le droit au mariage au droit au divorce, le droit de la femme ou du mari à travailler contrariera le droit de l'enfant à l'éducation⁸⁵⁶... ».

La conséquence de la multiplication des droits de l'homme est qu'elle « laisse les gens déçus et amers⁸⁵⁷ » devant l'impossibilité de les voir satisfaits. En outre, « la justice, écrit Villey⁸⁵⁸ dans un chapitre sur la critique des droits de l'homme, est alors réduite à intérêt individuel ». C'est en cela que ces droits subjectifs créent une illusion. C'est l'illusion que tout est possible à tous, au nom des droits de l'homme. Le résultat du développement juridique des droits de l'enfant risque d'être une frustration à la hauteur des espérances qu'ils ont suscitées. L'hypothèse théorique de la frustration, élaborée par Michel Villey, se concrétise aujourd'hui par exemple dans la vision que les enfants ont de leurs droits. Lors du forum des enfants⁸⁵⁹ sous l'auspice des Nations Unies en 2002, plus de quatre cents enfants de cent cinquante-deux pays ont proclamé un texte, devant soixante chefs d'Etat, faisant part de leurs frustrations et de leurs souhaits. Ils pouvaient déclarer : « (...) Nous sommes les enfants dont les voix sont ignorées : il est temps qu'on nous écoute (...) ». En écho de la parole « officielle » des enfants, le secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan disait⁸⁶⁰ : « Ces droits vous reviennent indéniablement. Et pourtant, nous, les adultes, avons malheureusement failli à notre devoir de les défendre tous ». Pâle reflet des frustrations réelles des enfants dont les droits sont bafoués, le texte proposé par les enfants présents à la session conclut par la promesse qu'ils défendront les droits des enfants lorsqu'ils seront adultes. Comme par un jeu de miroir, les promesses des enfants répondent aux promesses des adultes donnant au droit le

⁸⁵⁶ Villey (1983), p. 13. Dans le sens de Villey, voir J. L. Bergel, *Théorie générale du Droit*, Dalloz, Paris, 1985 p.38 « En l'absence d'intérêt et de volonté du titulaire du droit, en l'absence de protection organisée par le droit positif, ou en l'absence d'opposabilité du droit à autrui, les droits subjectifs ne seraient que des mirages ».

⁸⁵⁷ Villey (1983), p. 146.

⁸⁵⁸ Villey (1986), p.149.

⁸⁵⁹ « Un monde digne de nous », Forum des enfants, New York, 5-7 mai 2002, Réunion des délégués de moins de dix-huit ans à la Session extraordinaire des Nations Unies consacrée aux enfants.

⁸⁶⁰ K. Annan, « Déclaration d'ouverture », Session extraordinaire des Nations Unies, 2002.

caractère illusoire évoqué par Villey. Incapables de changer substantiellement la réalité, les droits des enfants sont une promesse pour l'avenir. Nous rejoignons ici l'utopie revendiquée de la doctrine de la protection intégrale. Malgré cela, le simple fait que l'ONU réunisse en son sein des enfants de diverses nationalités est un fait nouveau. La discussion autour de leurs droits est, elle, bien réelle.

Section 2. - Des critiques refoulées par la doctrine

Les promoteurs des droits des enfants en Amérique latine ne font pas ou peu état de ces critiques. Pour eux, la doctrine de la protection intégrale n'est pas à remettre en cause, mais doit s'imposer de la constitution aux politiques publiques touchant l'enfance. Les critiques touchant au caractère occidental du texte sont tout juste relevées.

Pour eux, le droit des enfants est un acquis du droit positif. Il n'est pas à discuter. La priorité est l'application des normes par les Etats. Proches des réalités de la situation des enfants dans le continent, ils connaissent le fossé entre les droits et leur application. Mais les carences dans l'effectivité ne doivent pas aboutir à un changement de la règle. Elle fait office d'objectif à atteindre, « d'utopie souhaitable ». Œuvre de juristes, la doctrine de la protection intégrale apporte un substrat idéologique efficace ayant vocation à renforcer la démocratie.

§ 1. - Au nom du droit positif

Les défenseurs des droits des enfants rejettent implicitement l'analyse de Villey. Non pas parce qu'ils la considèrent comme erronée, mais parce qu'ils la considèrent inutile. Pour eux, indépendamment de l'effectivité des droits, leur utilisation politique est la conséquence logique de leur reconnaissance juridique.

A - Protéger les droits

Les références à une réflexion philosophique qui questionne la nature des droits de l'enfant sont pratiquement absentes de la doctrine de la protection intégrale à une exception près. Il s'agit d'une citation de Norberto Bobbio qui, reprenant d'une certaine manière l'autocritique que se faisait Villey, écrit « le problème de fond relatif aux droits de l'homme n'est pas tant sa justification, mais sa protection. Il ne s'agit pas d'un problème philosophique, mais politique⁸⁶¹ ». Pour García Méndez, qui reprend à plusieurs reprises la même citation de Bobbio, le fait que la CIDE existe comme loi nationale « élimine potentiellement la nécessité d'approfondir le terrain des justifications du nouveau paradigme⁸⁶² ». L'utilisation de la citation de Bobbio a pour objectif de fermer la discussion. Elle est communément utilisée⁸⁶³ dans les travaux des théoriciens de la protection intégrale. Dans une formulation identique à celle de García Méndez, Cillero Bruñol peut écrire « Ici, plus que jamais, sont d'actualité les mots de Bobbio (...) : le défi présent n'est pas de justifier les droits, mais de les protéger intégralement⁸⁶⁴ ». L'unique tâche doit être donc de protéger effectivement le droit positif de l'enfance « abandonnant les discussions byzantines sur sa justification⁸⁶⁵ ». Les droits, écrit Bobbio cité par García Méndez, « naissent quand ils le doivent ou quand ils le peuvent⁸⁶⁶ ». La question de leur naissance n'est qu'un problème de date pour le principal théoricien de la protection intégrale. Pour lui, l'histoire avance dans le sens du droit⁸⁶⁷ des enfants. La progression historique met en lumière des droits nouveaux. C'est le temps du droit.

⁸⁶¹ N. Bobbio, cité par García Méndez (1997), p. 158 et p. 174.

⁸⁶² García Méndez (1997), p. 158. Dans le sens de García Méndez, voir N. Cantwell, *Lettre de l'idef* spécial Convention internationale des droits de l'enfant, n°39, novembre 1989, p. 6 : « Ce n'est donc pas tant de relever des lacunes ou d'émettre des critiques de détail (...) mais bien de faire en sorte que les dispositions existantes soient appliquées le plus efficacement possible ».

⁸⁶³ García Méndez reprend la même citation dans son article « *Legalidad y crisis en la argentina actual* » in UNICEF, *Justicia y derechos del niño*, Número 3, Santiago, 2001, p. 179.

⁸⁶⁴ M. Cillero Bruñol, « Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva » in UNICEF (2001), p. 64.

⁸⁶⁵ García Méndez (1997), p. 174.

⁸⁶⁶ García Méndez (1997), p. 190.

⁸⁶⁷ L'expression utilisée par García Méndez est un jeu de mots difficile à traduire : « la historia se mueve del revés al derecho », ce qui donnerait « l'Histoire avance à l'envers puis à l'endroit », in García Méndez (1997), p. 191.

B - Un droit pédagogique

Un ouvrage de García Méndez aborde la question de la finalité du droit⁸⁶⁸. Il ne la traite pas en considération de la situation des enfants, mais du débat sur le sens du droit. Doit-il refléter la réalité, ou bien l'utopie possible ?

Ce qui prime, pour lui est le respect juridique des droits des enfants. Il tombe sous l'évidence, pour les auteurs, que du respect juridique de ces droits suivra une amélioration des situations concrètes. En ce sens, pour García Méndez « la lutte pour développer le statut de la citoyenneté à l'ensemble de l'enfance met définitivement en évidence la clarté et l'importance du lien existant entre sa condition juridique et sa condition matérielle⁸⁶⁹ ». Ce lien organique ne nous apparaît pas comme évident. En effet, il semble qu'il n'y ait pas de liens de cause à effet entre la qualité de la règle et l'amélioration du sort des enfants. Ceux qui opposent au nouveau droit des enfants la réalité de la condition des enfants sont qualifiés par García Méndez de « substantialistes » qui soutiennent « une version matérialiste maladroite du droit, héritière du marxisme le plus vulgaire⁸⁷⁰ ». Toute l'œuvre du juriste argentin revendique l'élaboration d'un droit pédagogique qui doit transformer la réalité. De là vient l'importance de soutenir l'adhésion la plus ample possible au droit de la CIDE et l'effort considérable pour promouvoir partout dans le continent une adéquation juridique du droit des enfants aux principes de la CIDE. Si cela n'est pas fait alors le droit reste, pour lui, un instrument au service du passé destiné à conforter l'idéologie dominante. Pour García Méndez, les droits de l'enfant ne sont pas irréalisables, ils sont utopiques. C'est une question de temps, de stratégie et de volonté politique.

⁸⁶⁸ E. García Méndez, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Análisis Crítico del Panorama Legislativo en el Contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis, Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1998.

⁸⁶⁹ García Méndez (1992), p. 18.

⁸⁷⁰ García Méndez (1998), p.15.

§ 2. - Au nom de l'utopie

Voir dans les droits de l'enfant une utopie c'est dire d'abord qu'ils ne sont pas effectifs et ensuite qu'ils sont un idéal à atteindre. Cette vision utopique, appliquée au droit, n'est pas nouvelle. Les doctrinaires attachent de l'importance à cette fonction du droit.

A - La modeste utopie

García Méndez insiste particulièrement sur le caractère utopique du droit des enfants. Les références à l'utopie sont, à notre sens, consubstantielles à la pensée latino-américaine. L'Amérique a été rêvée avant d'être vécue. Pour Thomas Gomez⁸⁷¹, l'Amérique est un « vocable sonore et coloré dont le nom n'a cessé de s'enrichir au fil des siècles pour devenir le lieu de toutes les utopies ». C'est donc avec délicatesse et une précision sur la définition qu'il convient d'aborder la question. Il s'agit le plus souvent d'une utopie opératoire. Elle fonctionne comme une foi en un monde meilleur. C'est une « ouverture remplie d'espoir vers l'authentiquement alternatif et possible, bien que difficilement réalisable ⁸⁷² ». Elle s'oppose à l'utopie péjorative qui n'est que chimère ou à l'utopie d'un monde irréel. Le philosophe argentin, Cerruti Guldberg réclame le droit à cette utopie, comme García Méndez qui revendique une utopie modeste. « Il faut réclamer le droit à notre utopie, pour rester en condition de collaborer activement dans la construction d'une utopie universelle (...) ⁸⁷³ ». L'intention est louable, elle n'est pas juridique. En ce sens, l'utopie modeste est créatrice de confusion. Confusion entre la morale et le droit d'abord, puis confusion entre la justice accessible et la justice possible. Penser la première en fonction de la seconde est source d'espoir, mais aussi de frustration. C'est le pari de García Méndez. Les droits des enfants se situent alors comme des métras-droits, au-delà du droit.

⁸⁷¹ T. Gomez, *L'invention de l'Amérique*, Flammarion, Paris, 1992, p.93.

⁸⁷² H. Cerutti Guldberg, « Utopia entre Europa y nuestra América » in P. Galeana (coord), *Latinoamérica en la conciencia europea. Europa en la conciencia Latinoamericana*, AGN, CCYDEL, CFE, Mexique, 1999, p. 42.

⁸⁷³ Guldberg (1999), p. 43.

Ils relèvent en effet, pour le juriste argentin, d'un droit utopique. Ils marquent un idéal à atteindre : le respect des droits de l'enfant énoncés dans la CIDE. Evoquer un droit utopique⁸⁷⁴, c'est faire référence à un droit au futur. Le droit des enfants tel qu'il est présenté par les idéologues de la doctrine de la protection intégrale traduit une représentation du futur. Il traite de l'enfant idéal tel qu'il devrait être « considéré » dans le continent latino-américain. Cet enfant aurait accès à l'école, accès à la santé. Il aurait le droit de parole et le droit d'association... Cet enfant-là est rare. Mais, il n'est pas pour García Méndez, comme l'île de Tomas More, inaccessible. Cette représentation a des racines géographiques. Dans ce sens, l'utopie naît d'une expérience : celle de l'enfant de la CIDE est occidentale.

García Méndez reconnaît cette racine en écrivant : « la réaction immédiate devant une bonne loi s'exprime très souvent par la phrase 'cette loi est trop bonne pour nous, c'est une loi pour la Suisse ou pour la Suède'⁸⁷⁵ ». Il dénonce ce « réalisme anti-utopiste » comme une perception fautive et incorrecte. Pour lui le droit ne doit pas refléter la réalité, mais jouer un rôle stratégique pour le changement social et un rôle pédagogique pour la construction de la citoyenneté. García Méndez oppose au réalisme l'utopie positive qui est « la condition non suffisante, mais indispensable, pour n'importe quel processus de dépassement du mal-être social⁸⁷⁶ ». Il écrit également dans un autre article que « le continent latino-américain a besoin aujourd'hui plus que jamais d'utopie positive concrète pour dessiner un futur meilleur⁸⁷⁷ ». L'ambition de la doctrine de la protection intégrale n'est seulement la protection des enfants, mais bien de mettre la CIDE au centre du débat démocratique. L'utopie et la pédagogie, mise en avant par les doctrinaires débouchent sur une morale du droit des enfants.

Chimère ou idéal à atteindre, le débat sur le droit utopique n'est pas que sémantique. Le souhait de García Méndez est bien de présenter, un futur idéal, à atteindre. L'utopie de García Méndez met l'accent sur les problèmes actuels du droit des enfants. Elle montre le chemin à

⁸⁷⁴ Pour une définition de l'utopie voir Armand Cuvilier, *Cours de Philosophie*, Le Livre de Poche, Paris, 1954, p. 209 à 210. L'auteur distingue les utopies d'anticipation des utopies de régression. Les deux, écrit-il aident à « se libérer du présent ».

⁸⁷⁵ García Méndez (1998), p.24.

⁸⁷⁶ García Méndez (1997), p. 238.

⁸⁷⁷ García Méndez (1997) p. 85.

parcourir. C'est à notre sens, son aspect positif⁸⁷⁸. Le droit positif de Bobbio⁸⁷⁹ devient chez García Méndez l'utopie positive.

Le juriste argentin s'appuie sur la définition de l'utopie du philosophe allemand Marc Bloch. L'utopie est « ce qui n'est pas encore⁸⁸⁰ ». Il s'agit donc en l'espèce de la partie formulée, mais non réalisée des droits de l'enfant. Lue a contrario, l'utopie est ce qui sera. Ainsi, le principal problème auquel s'attacheront les auteurs des droits de l'enfant est alors la question de garantir ces droits dont la justification n'est pas à faire puisqu'ils sont désormais consacrés dans le droit positif. Le droit devient alors l'antichambre de la réalité. Ce qui est, « en droit », c'est-à-dire le contenu de la CIDE, sera dans les faits. Faisant le lien entre Bloch et Bobbio, García Méndez définit l'utopie comme la partie des droits de l'enfant qui n'est pas encore effective. Il ajoute, comme pour se prémunir des grandes utopies du vingtième siècle, que la sienne est modeste.

B - Un droit utopique périlleux

Que l'accomplissement des droits de l'enfant puisse être un idéal, une utopie qui sert de moteur à leur réalisation progressive ne mérite pas d'être théorisé. En revanche, ce qui pose problème dans la définition de García Méndez, outre le caractère antinomique de l'utopie modeste, c'est bien le lien entre l'utopie et le droit.

Il semble que la justification des droits de l'enfant comme faisant partie du droit positif se suffit à elle-même. De ce point de vue, la tentative de qualifier d'utopie modeste, le droit positif non appliqué relève plus d'une formule littéraire que d'une réflexion juridique. En effet la référence constante à l'ancien droit, celui de la situation irrégulière comme l'opposé de ce vers quoi il faut tendre est fréquente chez García Méndez. C'est oublier que cette construction du début du vingtième siècle, aujourd'hui surannée, était elle-même porteuse

⁸⁷⁸ Les droits de l'homme comme des droits utopiques au sens d'un projet de société à atteindre sont également défendus par Abdelhak Benachenhou, *La tyrannie des droits de l'homme blanc, riche, mâle et adulte*, Publisud, Paris, 2000, p. 153 à 163. L'auteur évoque, pour sa part, une « utopie novatrice ».

⁸⁷⁹ N. Bobbio, *Libéralisme et Démocratie*, Le Cerf, Paris, 1996, p. 15 à 21.

⁸⁸⁰ Cité par García Méndez, « La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina, notas para la construcción de una modesta utopía », *Justicia y Derechos del Niño* n°3, UNICEF, Santiago, 2001.

d'utopies, en particulier celle de « sauver l'enfant ». Par ailleurs, pour García Méndez, la CIDE énonce une vérité de ce qui doit être. Le législateur marque le cadre. S'agit-il des droits qu'attendaient les enfants ? Nulle réponse n'est apportée à cette question. Le sujet de droit, acquis principal de la CIDE selon l'avocat argentin, n'est pas interrogé sur ce thème. L'utopie en question est une utopie d'adulte.

L'utopie appliquée au droit, pense García Méndez, est utile pour transformer la société actuelle en vue d'une société idéale. A la différence des utopies politiques passées, la modeste utopie n'envisage pas le recours à la violence pour parvenir à ces fins. C'est là son originalité. Les moyens pour progresser sont ceux offerts par le droit et par la démocratie. Cette utopie-là comme le dit García Méndez est modeste, car elle ne prétend pas plus que l'application du droit positif. C'est en cela que le terme « d'utopie » est sans doute impropre. A notre sens, il révèle une autre utopie propre à la pensée latino-américaine. De fait, le continent a été le réceptacle consentant des utopies. Du Nouveau Monde des conquistadores à l'homme nouveau des révolutionnaires, l'Amérique latine a souvent été comprise comme elle devrait être, et non comme elle est, selon l'idéologie du moment. García Méndez se réfère à cette utopie là. Un enfant nouveau a été engendré par la CIDE et la philosophie des droits de l'enfant. Chez García Méndez cette utopie-là fonctionne comme les autres : la promesse d'un futur meilleur pour les enfants permet d'accepter un présent inacceptable.

Cependant, les temps ont changé en Amérique latine. L'utopie d'un monde meilleur n'est plus d'actualité. Pour le professeur et économiste Javier Santiso, c'est une bonne nouvelle. La transition se fait entre l'utopisme et le « possibilisme ». « Ce à quoi on assiste en définitive, écrit-il, c'est à l'émergence d'une politique du possible plus humble, moins projetée vers le futur, plus centrée sur le présent, davantage soucieuse d'efficacité réelle que de pureté conceptuelle⁸⁸¹ ». Dans ce sens, la doctrine de la protection intégrale fait la synthèse entre l'utopie et le possible. De fait, elle utilise l'utopie comme moteur conceptuel, aisément identifiable, et le « modeste » qui est l'application du droit positif. De l'hygiénisme appliqué aux enfants se profile, avec l'utopie des droits de l'enfant, un eugénisme juridique positif, compris comme une nouvelle naissance d'un enfant titulaire de droits et une volonté

⁸⁸¹ J. Santiso, *Du Bon révolutionnaire au Bon libéral, à propos d'un étranger caméléon latin- américain*, travail présenté lors du colloque Sciences Po/el Colegio de Mexico, del populismo de los antiguos al populismo de los modernos, El colegio de Mexico, Mexic, 21-22 octobre 1999, p. 9 et J. Santiso, « la valse des paradigmes : l'économie du possible en Amérique latine » in J.M Blanquer (dir), *Amérique Latine*, IHEAL, La Documentation Française, 2004. Le 'possibilisme' évoqué par Santiso est à mettre en parallèle avec le slogan des altermondialistes « un autre monde est possible », Forum Social Mondial 2001.

« d'améliorer l'espèce » par l'attribution de prérogatives opposables à tous. C'est certainement pour García Méndez une manière de réenchanter le monde.

CHAPITRE 2. - CRITIQUE DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT

Si l'on considère avec Villey que ces droits subjectifs, donc attachés à un groupe particulier de personnes, sont discutables, alors leur multiplication ajoute à la confusion. Le doyen Carbonnier évoque à ce propos l'explosion ou la prolifération des droits subjectifs. Le fait est connu. Le droit en général et les droits subjectifs prennent une place croissante. Pour Carbonnier, ils la prennent au détriment de valeurs collectives.

Section 1. - La critique de Jean Carbonnier

Le mouvement de développement des droits subjectifs mis en évidence, entre autres, par Jean Carbonnier⁸⁸² est double : ils s'imposent et ils se ramifient. Les possibilités d'agir pour les groupes nantis de droits subjectifs s'accroissent et se distinguent. La conséquence la plus menaçante, pour le sociologue français, est un recul des valeurs collectives fondatrices de l'Etat de droit.

§ 1. - Développement des droits subjectifs

Tenter de définir les droits subjectifs est une tâche ardue. C'est, écrit le professeur Bergel, « l'occasion d'éternelles discussions⁸⁸³ ». Elles oscillent, poursuit-il entre la reconnaissance d'un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique, notion développée par le doyen Carbonnier et la reconnaissance d'intérêts juridiquement protégés, selon la définition du juriste allemand Ihering. Bergel, faisant le lien entre les deux notions propose la définition suivante : « Ce sont des prérogatives attribuées à des individus ou des groupes d'individus,

⁸⁸² Carbonnier (1996), p.121 à 126.

⁸⁸³ Bergel (1985), p. 37.

reconnues et protégées par le droit objectif, et qui leur confèrent certains pouvoirs leur permettant de préserver leurs intérêts dans un domaine réservé, en imposant à autrui le respect de leur droit⁸⁸⁴ ». Ces droits subjectifs ou « prérogatives accordées à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation⁸⁸⁵ », selon le lexique de termes juridique, non seulement ne sont pas toujours réalisables ou compatibles entre eux mais de plus ils se multiplient.

Cet avènement des droits subjectifs n'est, selon Villey et Carbonnier, pas une bonne chose. Il se produit en même temps que le triomphe du libéralisme. Il marque également le recul de valeurs constitutives de l'Etat de droit.

En effet, le développement des droits subjectifs risque d'effriter l'ensemble du *corpus juris* des droits de l'homme. De Déclaration en Déclaration, les ramifications des droits de l'homme ébranlent, à notre sens, la cohérence de l'ensemble. A ce sujet, le doyen Carbonnier a évoqué la pulvérisation du Droit en droits subjectifs⁸⁸⁶. Il ne s'agit pas pour lui de nier le bien fondé de tel ou tel droit, mais de faire prendre conscience de l'effet pervers de cette prolifération des droits subjectifs sur l'ensemble du droit. Pour Carbonnier, la CIDE prend part à cette « débauche universelle des droits subjectifs⁸⁸⁷ ». Il loue le courage de la Cour de Cassation française qui exige pour son application la médiation d'une loi nationale⁸⁸⁸. Carbonnier a le sens de la formule et du raccourci.

A peine dénonce-t-il cette « prolifération » qu'il désigne les responsables et annonce les conséquences. « Dans le discours idéologique, l'exaltation permanente des droits de l'homme, (qu') accompagnait un certain recul des valeurs collectives (le peuple, la démocratie, la république)⁸⁸⁹ ». Il dénonce alors la philosophie individualiste qui vient de cette « exaltation du droit subjectif ». « Derrière chaque norme gît un intérêt qui résiste parfois à l'intérêt

⁸⁸⁴ Bergel (1985), p. 38.

⁸⁸⁵ Droits subjectif: Lexique de termes juridique, Dalloz, 1981, p. 165.

⁸⁸⁶ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la cinquième République*, Forum Flammarion, Paris, 1996, p121.

⁸⁸⁷ Carbonnier (1996), p. 232.

⁸⁸⁸ Carbonnier (1996), p. 56. La Cour de cassation était en effet en contradiction avec le conseil d'Etat (Conseil d'Etat, Section, 22 septembre 1997) qui reconnaît l'application directe de la CIDE dans le droit interne français. Depuis l'arrêt 891 (première Chambre civile) du 18 mai 2005, il semble que la Cour ait abandonné cette jurisprudence.

⁸⁸⁹ Carbonnier (1996), p. 122.

général⁸⁹⁰ ». L'argumentation théorique de Carbonnier a été reprise par la sociologue du droit Irène Théry qui a écrit : « L'attitude qui consiste à ne voir que l'enfant paraît très noble, mais je ne suis pas certaine qu'elle soit la plus favorable à l'enfant, car elle s'inscrit dans une tendance plus générale de nos sociétés, qu'a fort bien analysé le doyen Jean Carbonnier dans son dernier ouvrage : l'explosion *des droits subjectifs*⁸⁹¹ ». Nous arrivons alors au paradoxe suivant : la reconnaissance des droits de l'enfant en tant que droits subjectifs est un danger pour l'enfant lui-même. L'enfant est, dans cette logique, vu à partir de lui-même et non en relation avec d'autres. Il n'est pas certain, une fois de plus, qu'il sorte gagnant de la confrontation des droits subjectifs. Les valeurs collectives auxquelles se réfère Carbonnier sont concurrencées en ce qui concerne les droits de l'enfant par la consolidation des enfants comme groupe autonome qui dispose de droits opposables à la famille, à la communauté et à l'Etat. Certes, la CIDE met l'accent sur la communauté tant dans le préambule que dans l'article 5 qui stipule que l'Etat doit respecter « la responsabilité, le droit et le devoir » des parents, de la famille et de la communauté d'orienter et de conseiller l'enfant pour l'exercice de ces droits. Le fait de réserver des droits particuliers aux enfants, peut être considéré comme une dérive communitariste. Ses droits risquent d'entrer en contradiction avec ceux des parents, de la famille ou de la communauté, Il y a donc là une création d'une communauté, celle des enfants, au sein de la communauté à laquelle ils appartiennent.

Les valeurs collectives dépendaient du sentiment d'appartenance à la collectivité. Aujourd'hui, les efforts visant à renforcer le sentiment d'appartenance à un groupe (femmes, enfants...) portent en eux le risque d'éloigner les titulaires de droits spécifiques de la collectivité en général.

§ 2. - Subdivision des droits de l'enfant en Amérique latine

A peine étaient-ils proclamés par les Nations Unies que les législateurs onusiens se remettaient au travail pour développer et préciser les droits de l'enfant. Ce souci de protection atteint-il son objectif ou bien ajoute-t-il à la complexification du droit et à sa confusion ?

⁸⁹⁰ Carbonnier (1996), p. 159.

⁸⁹¹ J. Larché, *Rapport d'information sur le Droit de la famille*, n°481, Sénat, Commission des Lois, 1998.

A - Ramification des droits de l'enfant

La prolifération dont parle Carbonnier est loin d'être achevée concernant les droits de l'enfant. Comme dans une sorte de parthénogenèse, ils se multiplient aussitôt nés, se reproduisant à partir d'eux-mêmes. L'affaire se complique lorsque le sujet de ces droits fait partie de plusieurs groupes titulaires de droits subjectifs. Ainsi, la jeune fille guarani du Paraguay pourra faire prévaloir ses droits en tant qu'enfant, en tant que femme, en tant que jeune et en tant qu'indigène selon les intérêts en jeu. La Convention tente de réduire cette ambiguïté dans son article 30⁸⁹² qui défend le droit de l'enfant à sa propre identité culturelle.

C'est dans cet esprit que la communauté des citoyens, la République pour Carbonnier est en retrait, car il y a de fortes chances que le bien du groupe (enfant, femme, jeune ou indigène) entre en conflit avec le bien commun et probablement avec le bien commun d'autres groupes aussi légitimes. Rappelons que les droits des enfants sont une branche spécifique des droits de l'homme comme peuvent l'être les droits de la femme, les droits des minorités indigènes... Cette branche spécifique se complexifie. En effet, dans la doctrine latino-américaine et dans les textes législatifs apparaît de plus en plus une distinction entre les droits des enfants et les droits des adolescents⁸⁹³. Déjà de nombreux codes ont repris la distinction entre enfant et adolescent. Une nouvelle distinction entre garçons et filles commence également à s'imposer. Le langage s'adapte à cette ramification et il est d'usage de parler des droits du garçon, de la fille et de l'adolescent⁸⁹⁴. La quatrième conférence mondiale (Beijing 1995) sur la femme a mis l'accent sur les violations spécifiques du droit des filles et de leur discrimination comme l'un des douze points de préoccupation inscrits dans le rapport final. Pour les Nations Unies, la fille

⁸⁹² Article 30 de la CIDE : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ». La France a justement émis une réserve en déclarant que : « Le Gouvernement de la République déclare, compte tenu de l'article 2 de la Constitution de la République française, que l'article 30 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République ». A l'inverse, le Canada pour donner toute sa force à l'article 30 « se réserve le droit de ne pas appliquer les dispositions de l'article 21, dans la mesure où elles pourraient entrer en conflit avec les formes de garde coutumière au sein des peuples autochtones du Canada ».

⁸⁹³ La terminologie qui distingue l'enfant de l'adolescent est reprise, entre autres, dans le Statut brésilien (1989), dans les codes de Bolivie (1999), du Pérou (2000), du Costa Rica (1998), du Mexique (2000), du Nicaragua (1998), du Honduras (1996), du Paraguay (2001), du Vénézuéla (1998). En règle générale, l'enfant est celui qui a moins de douze ans et auquel des droits spécifiques sont attribués.

⁸⁹⁴ En espagnol, «derechos de la niña, del niño y del adolescente ».

devient un sujet de droit à part entière distinct du garçon et qui mérite, plus que ce dernier, une protection spéciale⁸⁹⁵. De même, la première Convention sur les droits de la jeunesse a été signée en octobre 2005 par dix-sept pays appartenant à la communauté ibéro-américaine, réunie pour son quinzième sommet à Salamanque. L'article premier de cette nouvelle Convention détermine que le jeune est une personne de quinze à vingt-quatre ans. Ce même article insiste sur la complémentarité entre la nouvelle Convention et la CIDE. Sont inclus dans le texte, entre autres droits, les droits à la vie, à la paix, à l'intégrité personnelle, à la liberté de conscience, à la justice, à l'honneur et à l'intimité, ainsi que le droit au travail.

Cette technique de ramification de droits spécifiques est une stratégie des Nations Unies qui procède comme par une sorte de déclinaison des droits de l'homme. Si l'on considère l'article deux de la CIDE⁸⁹⁶, on remarque que, justement, la Convention prétend apporter une protection à l'enfant « indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe (...) ». La revendication spécifique des droits de la fille entraîne une discrimination, certes positive, entre garçons et filles. Or, il est établi que la situation des filles en Amérique latine est, à bien des égards, et pour des raisons culturelles, pire que celle des garçons. Toutefois, rien ne prouve que la création d'une figure juridique distincte apporte en soi une protection meilleure. L'exemple des droits des adolescents illustre la question de la même manière que les droits de la fille. Des initiatives ont lieu pour créer des Déclarations spécifiques selon le sexe ou l'âge⁸⁹⁷. Cette division de l'enfance n'a pas été prévue par les rédacteurs de la CIDE qui se sont limités à fixer un seuil.

Ainsi, les droits de l'enfant se confrontent à une autre contradiction. La seule façon de tendre davantage vers l'effectivité de ces droits est de les rendre plus précis. La précision implique une complexification parfois si grande qu'elle aboutit à une inapplicabilité. La rareté de droits est plus aisée à gérer que l'abondance.

⁸⁹⁵ Nations Unies, A/RES/50/154, 15 février 1996.

⁸⁹⁶ Article 2 de la CIDE : « Les Etats 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 (...) ».

⁸⁹⁷ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a donné lieu à des recherches spécifiques pour protéger les droits des filles.

B - Risque de cacophonie juridique

Cette création de sujets juridiques distincts les uns des autres complexifie de manière exponentielle la question des droits de l'enfant. Elle multiplie par autant de droits exigibles qu'il existe des subdivisions à l'intérieur de la catégorie enfant, entendue comme être humain de moins de dix-huit ans. La stratégie des Nations Unies, soucieuse de protéger de manière la plus efficace possible ceux qui sont considérés comme les plus faibles, est relayée rapidement tant par les organismes privés chargés de l'enfance que par les législations elles-mêmes. L'idée générale qui inspire cette politique est que le fait de cibler le plus exactement un groupe, par exemple les enfants de douze à quatorze ans permet d'être au plus près des ses aspirations spécifiques en tant que groupe et par voie de conséquences de favoriser le respect de ses droits. La division par âge au sein du groupe enfant est le propre de presque toutes les sociétés. Des Grecs aux Romains en passant par les sociétés occidentales ou tribales, les enfants acquièrent des droits ou des prérogatives nouvelles au fur et mesure qu'ils grandissent. Ce qui diffère, selon une société donnée, est la césure et le rôle attribué tant au sexe qu'à l'âge de l'enfant ajouté à d'autres paramètres culturels, sociologiques, psychologiques. Il y a là un risque important d'aboutir à une cacophonie juridique, une perte de substance des droits de l'enfant et à des conflits de droits entre les catégories ainsi définies. Faut-il alors comprendre lorsque l'on fait référence aux « droits de l'homme à découvrir » qu'il s'agit de la découverte de nouvelles catégories de groupes à protéger ? De ce point de vue, la multiplication de droits particuliers aboutit surtout à un affaiblissement des droits de l'homme les scindant en une plusieurs catégories spécifiques et respectables. L'exercice de ces droits, opposables et exigibles, devient alors difficile en raison des conflits qu'ils peuvent engendrer et de l'effacement de la réciprocité entre les droits et les devoirs. De plus, la ramification des droits de l'enfant est également une limite à l'universalisme auquel la CIDE prétend. De fait, à peine proclamés, les droits « universels » se subdivisent. Enfin, la multiplication des textes internationaux et nationaux, ne contribue pas toujours à la cohérence de l'ensemble. Le juge pour enfant Jean Zermatten, élu en mai 2005 au CDE, pouvait à juste titre parler des droits de l'enfant comme « un véritable labyrinthe⁸⁹⁸ ». « (...) En deux décennies, plus d'une centaine de documents de portée internationale ont éclos dans ce

⁸⁹⁸ J. Zermatten, « Les droits de l'enfant : une belle déclaration ! et après ? » in *Une Convention, plusieurs regards : Introduction aux droits de l'enfant*, Institut des Droits de l'Enfant, Sion, 1997.

domaine, sans que l'on sache toujours de manière très précise l'importance de tel traité par rapport à tel autre, sans surtout que l'on se préoccupe clairement de l'articulation de ces dispositions entre elles ».

Section 2. - De la sociologie juridique à la sociologie

Tout n'est pas noir au pays des droits subjectifs. La CIDE est la traduction juridique du développement de la recherche et de la compréhension actuelle de l'enfance. De ce point de vue, le droit entérine le fait social. Les droits de l'enfant consacrent l'autonomie formelle de l'enfant. De la CIDE naît un statut de l'enfant universel qui devra s'adapter à chaque culture.

§ 1. - Droits subjectifs et autonomie de l'enfant

La CIDE ouvre un débat fécond sur la place de l'enfant dans la société. De nombreux articles de la Convention protègent l'enfant contre « toutes formes de discriminations⁸⁹⁹ », contre les informations qui peuvent lui nuire⁹⁰⁰, contre toute forme d'exploitation sexuelle⁹⁰¹ ou économique⁹⁰², contre l'usage de stupéfiants⁹⁰³... Ces diverses protections, au-delà de leurs justifications théoriques, sont autant de freins légitimes au droit subjectif de l'enfant d'utiliser son corps, de lire ce qu'il souhaite, de travailler. Une étude anglaise⁹⁰⁴ a montré qu'en vingt ans, de 1971 à 1990 au Royaume-Uni, l'âge requis par les parents pour que leur enfant puisse prendre seul le bus avait considérablement augmenté. En d'autres termes, l'autonomie de

⁸⁹⁹ Article 2 de la CIDE.

⁹⁰⁰ Article 17 de la CIDE.

⁹⁰¹ Article 34 de la CIDE.

⁹⁰² Article 32 de la CIDE.

⁹⁰³ Article 33 de la CIDE.

⁹⁰⁴ G. Lansdown, « Children's rights », In B. Mayall (ed.), *Children's childhood: Observed and experienced*, The Falmer Press, Londres, 1994, p. 33 à 34. 80% des enfants de sept/huit ans pouvaient en 1971 prendre seul le bus. Ils n'étaient plus que 9% en 1990.

l'enfant occidental a au cours du vingtième siècle diminué dans certains aspects : aller seul à l'école, s'organiser avec d'autres enfants, travailler, jouer en dehors de chez lui... Le professeur en sciences de l'éducation, Gilles Brougière, évoque le « paradoxe de l'énoncé de droits abstraits à l'autonomie et d'une autonomie réelle se réduisant sous prétexte de la protection⁹⁰⁵ ».

C'est dire, de manière générale, que l'impact social provoqué par la CIDE dans le domaine de la protection de l'enfance dans les sociétés occidentales n'a pas provoqué un bouleversement des comportements. Au contraire, le droit a suivi l'idée d'une protection accrue de l'enfance. Elle traduit juridiquement l'exigence de protection du corps social vis-à-vis des enfants et réciproquement. Elle se concrétise par un contrôle accru sur ses mouvements. Les droits de l'enfant moderne s'accroissent à mesure que sa liberté d'aller et venir diminue. Il ne s'agit pas simplement de sa liberté d'aller et venir restreinte au motif de sa protection, mais également de sa liberté de pensée mise à mal par les introspections permanentes dont il est l'objet.

C'est dans les pays pauvres que l'impact est plus remarquable de ce point de vue. De fait, l'autonomie de l'enfant – et là encore, il convient de distinguer l'enfance pauvre de l'enfance aisée – était un acquis forcé. Davantage livrés à eux-mêmes et à la communauté au sens large, les enfants acquièrent une autonomie plus rapidement qu'en Europe et cela sans effectivité de leurs droits. La définition statutaire de leur autonomie suggérée par la CIDE entraîne par la protection qu'elle exige et par les droits qu'elle reconnaît une redéfinition de ce que l'enfant fait, peut faire ou a le droit de faire. L'historien Cunningham montre dans son histoire de l'enfance que le monde « du dehors » est de plus en plus présenté comme un danger, au même moment où l'autorité de l'adulte est affaiblie. Ce qui implique que l'enfant ne peut recevoir la protection promise. Par la CIDE, l'enfant latino-américain gagne théoriquement en protection ce qu'il perd en autonomie vis-à-vis de l'adulte. C'est ce qui se passe avec les enfants des rues. « Libres » de leur histoire, ils se construisent de manière autonome, souvent en opposition avec l'adulte.

⁹⁰⁵ G. Brougière, *Dépendance et autonomie - Représentation et place de l'enfant dans les sociétés contemporaines*, Office franco-allemand pour la Jeunesse, 1999, (en ligne): <http://www.ofaj.org/paed/texte2/enfants.html>. Le sociologue Alain Touraine a montré que l'enfant d'aujourd'hui a une indépendance juridique, psychologique et morale plus précoce et rentre plus tard dans la vie professionnelle. Collectif, « le droit et la passion de grandir », *Revue Autrement* n°123, septembre 1991, p.175.

§ 2. - L'exemple des enfants de la rue en Amérique latine

Il y aurait quarante millions d'enfants vivant ou travaillant dans les rues d'Amérique latine dont douze millions au Brésil. 20 à 25 % sont des filles. Les conditions de vie sont dures. Elles se traduisent par des difficultés pour trouver un lieu pour dormir, par des menaces permanentes, par une exposition aux maladies... Les causes sont toujours liées à la pauvreté⁹⁰⁶. Jeté dans la rue par le monde des adultes⁹⁰⁷, l'enfant des rues en Amérique latine est devenu un sujet de préoccupation et d'études⁹⁰⁸. Il existe un consensus presque global pour dénoncer le phénomène et tenter d'y remédier. Les enfants des rues sont ceux auxquels aucun des articles de la CIDE ne s'applique. Ils ne vont pas ou peu à l'école, n'ont pas ou peu accès à des services de santé, ils sont détenus illégalement... Les devoirs de l'Etat et les devoirs des parents sont en friche puisque l'objet de leurs obligations leur échappe au moins partiellement. Le thème des enfants des rues est un exemple d'enfants dont les droits subjectifs (droit à l'éducation, à la santé...) sont hors de leur portée. L'historien chilien Gabriel Salazar remarque que ces groupes d'enfants, qui ne sont pas un phénomène nouveau, ont pu recréer des valeurs collectives et en particulier celle de la fraternité. Outre des qualités propres à leur condition de créativité, de capacité de négociation, du sens de la responsabilité acquise en général beaucoup plus tôt que les « enfants des maisons ». Les enfants⁹⁰⁹ inventent un mode de vivre ensemble qui s'apparente aux valeurs collectives (qui fuient devant les droits subjectifs). En échappant à la « protection » de l'adulte, l'enfant des rues s'invente une nouvelle protection communautaire ou la communauté est garante de sa survie dans la mesure où il en respecte les règles, différentes de celles imposées par la société. Dans ce sens, la rue

⁹⁰⁶ A. De Venanzi et G. Hobaica, « Niños de la calle. ¿Una Clase Social? » in *Trabajo y Sociedad*, Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas, N° 6, vol. V, Santiago del Estero, Argentine, juin-septembre 2003.

⁹⁰⁷ Voir A.C Da Costa, *Niños y niñas de la calle, vida, pasión y muerte*, Colección derechos, UNICEF, Buenos Aires, 1998.

⁹⁰⁸ A noter en particulier les travaux du sociologue suisse Ricardo Lucchini qui a largement contribué à développer une vision de l'enfant de la rue non pas comme une victime, mais comme un sujet. R. Lucchini, *Sociologie de la survie: l'enfant dans la rue*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996.

⁹⁰⁹ Les éléments « positifs » de la rue sont rarement mis en avant. Les descriptions sont souvent négatives. La rue est malsaine et les enfants sont victimes. Dans ce sens voir : Delphine Minotti-Vu Ngoc, *Marginalité et répression en Colombie : le cas du « nettoyage social »*, Thèse de Doctorat, sous la direction de Charles Lanca, Université Stendhal-Grenoble III, U.F.R. de Langues, Lettres et Civilisations étrangères, Département d'Etudes ibériques et ibéro-américaines, juin 2002, p. 120 à 131.

apporte une forme de liberté contre les règles établies. Ligia Costa⁹¹⁰, éducatrice, a écrit à ce sujet que « la rue est la liberté en opposition à toute règle qui peut réfréner l'expression de leur créativité. (...). La rue représente les libertés conquises ».

L'enfant des rues est également créateur d'un corps de règles beaucoup plus présent que la CIDE. De l'expérience commune, il devient producteur d'un droit lui permettant sa survie. Cette autonomie-là est forcée. Elles se conjuguent avec d'autres dépendances vis-à-vis de l'aîné, du groupe... Ces règles là, particulièrement présentes dans les groupes du type des maras, opèrent en marge du droit internationalement reconnu. Elles interagissent avec lui. Par contraste, l'exemple des enfants des rues met en évidence une autre forme d'autonomie⁹¹¹, souvent condamnée, mais réelle, qui n'est pas octroyée par l'adulte, comme peut l'être celle issue de la CIDE, mais vécue et parfois recherchée par l'enfant. Là encore, la justification théorique de la rue doit être nuancée. Les affirmations de Salazar ou de Lucchini ne doivent pas conduire à une idéalisation d'un monde d'enfants affranchis de l'adulte, qui ne serait que le reflet déformé de l'utopie contenue dans la CIDE. De plus si la rue est sans doute un accélérateur de maturité, elle n'est certainement pas un lieu épanouissant pour l'enfant au sens onusien du terme.

⁹¹⁰ L. Costa Leite, *Les enfants des rues du Brésil XVIème-XXème siècle*, Recherches, Amériques Latines, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 148 à 149. L'auteur fait la distinction entre les libertés conquises, les libertés sauvages et les libertés oisives.

⁹¹¹ La question de la recherche d'autonomie de l'enfant dans la rue a été mise en évidence par le sociologue Ricardo Lucchini : « (...) il serait imprudent de ne pas considérer la motivation ludique ainsi que la recherche d'autonomie dans le processus qui conduit les enfants à la rue ». R. Lucchini, *Entre fugue et expulsion : le départ de l'enfant dans la rue*, Working Papers N° 287, Institut des Sciences Economiques et Sociales, Fribourg, 1997, p. 5.

SOUS-TITRE 2. – LES CRITIQUES MULTIDISCIPLINAIRES

Aux critiques provenant de la philosophie avec Villey et de la sociologie juridique avec Carbonnier s'en ajoutent d'autres. Elles proviennent de divers horizons. En passant par le tamis de ces critiques, de l'anthropologie à la pédagogie, les droits de l'enfant se dépouillent de l'utopie dont ils sont porteurs.

Ce regard critique contribue à contextualiser la CIDE. La réinterprétation de la Convention dépend des circonstances politiques et économiques de chaque pays. Alors qu'en Europe et en particulier en France le débat a porté sur l'autorité de l'adulte, en Amérique latine c'est la question de la démocratie qui est posée. Les droits de l'enfant, réinterprétés pour le continent par l'UNICEF, s'imposent comme palliatif aux effets sociaux d'une politique économique qui peine à prendre en compte la situation des groupes les plus fragiles.

CHAPITRE 3. - DROIT A L'ENFANCE ET DROITS DE L'ENFANT

Le droit à l'enfance prôné par plusieurs auteurs français tels qu'Alain Finkelkraut ou Jean Baudrillard comme la question du relativisme culturel défendue en Amérique latine mettent en porte à faux l'universalité recherchée des principes de la CIDE. Il n'est pas possible de trouver un consensus sur ce dont les enfants ont besoin. A l'unanimité du texte international répondent d'importantes oppositions quant à l'interprétation des concepts qu'il met en place. Le cadre normatif vole en éclat dès qu'il est soumis à l'épreuve de sa mise en œuvre.

Section 1. - La question de la citoyenneté de l'enfant

Octroyer des droits à l'enfant, c'est rapprocher, d'un point de vue juridique, l'enfant de l'adulte. La nature des droits octroyés fait la différence. Pour ses promoteurs, la CIDE fait de l'enfant un citoyen à part entière. De la question de l'enfance, le débat s'oriente vers la question de la citoyenneté. Sujet de droit, l'enfant doit jouir des droits reconnus aux citoyens. Le Droit est règle. Il est aussi discours. En définissant les droits de l'enfance, la CIDE propose aussi un discours sur l'enfance. Les droits de la CIDE sont les mêmes pour tous les enfants du monde. Mais les enfants du monde ne sont pas les mêmes. Les enfances et la conception de l'enfance sont plurielles.

§ 1. - De l'irresponsabilité à la citoyenneté

Outre la protection des droits de l'enfant, l'enjeu de la CIDE est bien la place de l'enfant dans la société. Doit-il prendre part à sa construction ou bien se réfugier dans son insouciance d'enfant, laissant aux adultes le soin de l'intégrer ?

A - L'enfant insouciant

Le droit des enfants est un droit d'adulte, pensé par des adultes et appliqué par des adultes⁹¹², même si place est faite pour la parole des enfants et leur participation. Dès l'entrée en vigueur de la CIDE en France, des voix critiques, rompant avec le consensus autour du texte international se sont fait entendre. L'une d'elle résume la principale opposition au texte des Nations Unies. Dans un court article, paru dans le journal *Le Monde*⁹¹³, Alain Finkelkraut met en garde contre une compréhension littérale des droits de l'enfant. « Voir en lui (l'enfant) une personne achevée et non une personne en devenir, c'est, sous l'apparence du libéralisme le plus généreux, lui dénier férocelement la légèreté, l'insouciance, l'irresponsabilité qui sont ses prérogatives fondamentales pour l'exposer, alors qu'il est sans défense, à tous les conditionnements et à toutes les convoitises ». La critique, maintes fois citée⁹¹⁴, porte sur l'esprit supposé de la CIDE et non pas sur des articles précis touchant le régime pénal applicable aux enfants ou bien les obligations des Etats envers eux. C'est l'idéologie des droits de l'enfant que Finkelkraut dénonce plus que son contenu. Le philosophe oppose les droits de l'enfant au droit à être enfant⁹¹⁵. Pour lui il y aurait une incompatibilité entre les deux au nom de la citoyenneté impossible pour un être en devenir qui ne peut être considéré comme citoyen. Pour Finkelkraut, le temps de l'enfance doit être celui de l'insouciance et de l'irresponsabilité. Obligeant l'enfant à devenir citoyen, par le biais de la reconnaissance de ces droits, est pour le philosophe un abus de pouvoir, que l'enfant ne demande pas. Nous assistons, écrit-il dans un autre article à « l'infantilisation généralisée de la société⁹¹⁶ ». D'un point de vue juridique, Finkelkraut, réclame l'incapacité de l'enfant qui est son droit à

⁹¹² Dans ce sens J. Ennew, « History of Children's Rights: Whose Story », in *Rethinking Childhood*, Cultural Survival Quarterly, Cambridge, 1999. L'histoire des droits des enfants est l'histoire des actions des adultes. Ceci continuera, écrit Ennew, tant que les enfants ne seront pas invités à l'élaboration des politiques les concernant.

⁹¹³ A. Finkelkraut, « Droit de l'enfant : la nouvelle statue de Pavel Morozov », *le Monde*, 9 janvier 1990.

⁹¹⁴ En particulier dans Renaut (2002), p. 343.

⁹¹⁵ Dans le même sens Louis Roussel, *L'enfance oubliée*, Paris, Odile Jacob, 2001. Il faut conclut le sociologue « rendre l'enfance à l'enfant » ; de même, Louis Hauser conclut le colloque consacré à l'enfant et les Conventions Internationales par ces mots « Prenons garde qu'un jour, l'un des nôtres puisse nous dire : tu m'as volé mon enfance, car tu croyais trop au droit ». Jacqueline Rubellin-Devichi et Rainier Frank (dir), *L'enfant et les Conventions Internationales*, PUL, Lyon, 1996, p. 497.

⁹¹⁶ Collectif, « le droit et la passion de grandir », *Revue Autrement* n°123, septembre 1991, p.177.

l'irresponsabilité. C'est un principe généralement reconnu par le droit pour les enfants âgés de moins de dix ans⁹¹⁷.

A donc été opposé le droit à l'enfance aux droits de l'enfant. Ceux qui, comme Alain Finkelkraut, prônent le premier contre le second seraient les « protectionnistes » ou traditionalistes qui voient dans l'enfant un objet de droit « à protéger ». Irène Théry⁹¹⁸ a mis en évidence cet antagonisme qui dérive de lectures différentes de la CIDE. Les uns militent pour le droit à l'enfance dans l'esprit des Déclarations de 1924 et 1959 qui mettent l'accent sur la protection de l'enfant. Les autres, les libérationnistes⁹¹⁹, d'inspiration anglo-saxonne, interprètent la CIDE comme le texte fondateur de la libération des enfants par l'exercice de leurs droits.

B - L'enfant citoyen

Pour les seconds ou libérationnistes⁹²⁰, comme le juge pour enfants Jean Pierre Rosenczveig⁹²¹ en France et les théoriciens de la protection intégrale en Amérique latine, l'enfant est un sujet de droit, un citoyen. Dans un article paru le 21 novembre 1989 pour saluer la promulgation de la Convention, Rosenczveig prenait l'exemple du droit d'association « dont on va beaucoup parler dans les temps qui vont venir » qui allait permettre aux enfants de créer une association. Par la CIDE, « l'enfant est citoyen » conclut-il. Le magistrat avait raison de dire que la CIDE allait devenir « le texte de référence des prochaines décennies⁹²² ». Il a vu dans le texte des Nations Unies l'ouverture des droits de l'homme aux enfants. Mais précise-t-il, la loi ne suffira pas. « Elle offre simplement un cadre juridique, donc politique ». C'est aussi l'avis

⁹¹⁷ L'âge précis de l'incapacité varie selon les législations.

⁹¹⁸ Théry (1992).

⁹¹⁹ La distinction est de Dominique Youf.

⁹²⁰ L'influence du mouvement Children's Libérationists aux Etats-Unis prône une lecture de la CIDE comme « l'utopie d'un monde où l'enfant serait maître de sa destinée », Théry (1992), p. 8.

⁹²¹ J.P Rosenczveig, « Les droits gagnent du terrain, l'enfant reste un incapable », propos recueillis par Catherine Erthel, *Libération*, 21 novembre 1989.

⁹²² J.P Rosenczveig, « De l'amour au respect », *le Monde*, 22 novembre 1989

de Jean François Deluchey⁹²³, politologue spécialiste du Brésil, qui affirme que « le Statut de l'Enfant et de l'Adolescent et la Constitution brésilienne ont élevé les mineurs au rang de « super citoyens » tout en reconnaissant le statut est plus un « programme politique idéal qu'un texte de loi censé être appliqué à la lettre ». Plus radicaux encore sont les doctrinaires latino-américains pour lesquels la CIDE impose la vision de l'enfant comme citoyen. « Mon opinion est que, écrit Alejandro Baratta, le futur de la démocratie, pour utiliser le titre d'un livre connu de Norberto Bobbio, est fondamentalement lié à la reconnaissance de l'enfant, non pas comme un citoyen futur, mais comme un citoyen dans l'acceptation entière du mot⁹²⁴ ».

Le pédagogue François Lefebvre⁹²⁵ pose la question réconciliatrice en demandant « comment respecter le sujet de droit sans faire ombre à l'enfance ? », il conclut en écrivant qu'« une affirmation trop absolue des droits de l'enfant risque d'occulter ce que nous leur devons : le droit à l'enfance ». La crainte majeure des « protectionnistes » est l'abdication des responsabilités des adultes devant les enfants forts de leurs nouveaux droits dont l'Etat est chargé de veiller au respect et à leur accomplissement. Les lectures radicales de la CIDE, tant pour la dénoncer comme le fait Finkelkraut ou pour l'encenser à l'exemple de Rosenczweig, développent une dialectique stérile qui s'oppose à l'esprit de la CIDE, mesurée et parfois contradictoire. Les droits de l'enfant de la CIDE comme le droit à l'enfance du philosophe ne sont pas un principe absolu. C'est par des réflexions incomplètes, exploratrices de voies nouvelles que se construisent des outils adaptés à la protection des enfants. Les droits de l'enfant sont une construction juridique et idéologique destinée à orienter les législations nationales vers une plus grande attention envers l'enfant. Ils ne doivent pas être considérés comme des principes absolus.

Ce que craint Finkelkraut, c'est-à-dire reconnaître à l'enfant la citoyenneté, c'est justement ce à quoi tend la doctrine de la protection intégrale.

L'opposition entre droit à l'enfance et droits de l'enfant nous a montré que la CIDE suppose également une conception de la société dont les enfants (futurs adultes) sont porteurs. C'est

⁹²³ Deluchey (2001).

⁹²⁴ A. Baratta, « Infancia y democracia » in García Méndez (1998), p. 50.

⁹²⁵ F. Lefebvre, « Imaginer le Droit à l'enfance : l'enfant est-il respecté en tant qu'enfant ? », 7ème Biennale de l'Education et de la Formation, Atelier 5, Vers une culture du débat. Citoyenneté et Démocratie, Lyon 14/17 avril 2004.

l'éducation à la citoyenneté selon les doctrinaires de la protection intégrale par la promotion de leurs droits qui rendra la société plus démocratique. Dans le débat français on a pu, comme la juriste Sophie Pennarun⁹²⁶, évoquer le concept de « mini citoyenneté » : « Certains auteurs se sont toujours demandé si une « mini citoyenneté » ne pouvait, et même ne devait pas, être reconnue aux enfants parce qu'ils sont des adultes en devenir et par conséquent des « citoyens en devenir ». Il a également été dit que les enfants étaient des citoyens à part entière, mais que leur citoyenneté était en devenir⁹²⁷ ou encore que l'enfant était un « citoyen particulier⁹²⁸ ». Le retour du thème de la citoyenneté dans les débats doit être compris comme un retour aux sources des droits de l'homme. La Déclaration française du 26 août 1789 avait lié l'homme au citoyen dans son titre.

De fait, proclamer que l'enfant est citoyen ne lui donne pas plus de droits que ceux prévus par la législation du pays dans lequel il habite. Si la citoyenneté est liée à la capacité, nous ne pouvons que reconnaître que l'enfant est un citoyen à capacité limitée, un citoyen en devenir. L'équilibre entre la protection de l'enfant, la reconnaissance de ses droits et son accès à la citoyenneté est encore à trouver. Il y a une marge entre le « vol de l'enfance », le « déni des droits » et l'exercice de ses droits et de ses devoirs. La difficulté est aujourd'hui, à notre sens, non pas de reconnaître la citoyenneté à l'enfant, mais de définir ce qu'elle recouvre et qui elle concerne.

§ 2. - Enfants pauvres et enfants riches

Travaillant sur les enfants pauvres du dix-septième siècle, Hugh Cunningham demandait : « Que s'est-il passé avec les enfants des pauvres quand ils ont eu droit à un type d'enfance qui

⁹²⁶ S. Pennarun, « La place du lien de citoyenneté dans la démocratie », Conférence Citoyenneté: démocratie et droits de l'homme, Stage de l'Université de Toulouse, 18 & 19 avril 2001. (en ligne) <http://pedagogie.ac-toulouse.fr/philosophie/forma/pennarun.htm>.

⁹²⁷ J. Le Gal, « Tout enfant qui vient au monde naît citoyen, mais la citoyenneté se construit par l'action » in Pour une citoyenneté participative Dossier « De la participation à la citoyenneté », *Réussir Education*, Les Francas, n°44, Paris, 2000. Prenant acte de la citoyenneté de l'enfant, les philosophes M.Gauchet et A. Renaut se demandent si les avancées des droits de l'enfant ne nuisent pas au rapport par nature inégal entre le maître et l'élève. Voir « L'enfant-citoyen est-il encore un élève ? », *Le Monde de l'éducation* n°321, janvier 2004, p.64 à 65.

⁹²⁸ *Revue Autrement* (1991), p.174. L'expression est du magistrat Jean Pierre Deschamps. L'enfant est un citoyen particulier car il n'est pas électeur.

avait été construit pour ceux de la classe moyenne⁹²⁹ ? » La distinction pour Cunningham ne s'est pas estompée rapidement. A tel point que le droit des mineurs a été pensé pour les « fils de pauvres » qui inspiraient à la fois de la peur et de la sympathie. García Méndez évoque la répression et la compassion. L'avènement des droits de l'enfant marque en droit la fin de la distinction des droits d'enfants de sociétés différentes.

Peut-on se demander, en paraphrasant Cunningham : que se passe-t-il aujourd'hui, pour les enfants latino-américains lorsqu'ils ont eu accès à des droits pensés à partir de la réalité de l'enfance occidentale ?

A - Des droits égoïstes

Mieux saisir l'impact de l'uniformisation des droits de l'enfant, nous oblige à faire un deuxième retour au fondement des droits de l'homme. De ce point de vue, l'analyse marxiste est éclairante. Une référence à la vision de Marx sur les droits de l'homme a un intérêt particulier pour deux raisons. En premier lieu, parce que Marx s'est intéressé de manière particulière à la production des droits de l'homme. En second lieu parce que l'élite latino-américaine qui a construit la doctrine de la protection intégrale a été influencée par le discours marxiste. Pour cette raison, la critique de Marx est, pour ces auteurs, difficile à entendre. Pour Marx, les droits de l'homme sont le fruit de la pensée dominante et, de ce point de vue, faits pour les pauvres. Ils se résument à une idéologie. Villey résume et assume l'apport de Marx en écrivant : « les droits de l'homme ne sont jamais pour tous⁹³⁰ ».

Dans un projet de recherche novateur⁹³¹, Viviana Reinoso, avocate argentine, s'interroge sur le fait que la doctrine de la protection intégrale et ses développements constituerait une idéologie au sens marxiste du terme. C'est-à-dire, pour elle, un ensemble d'idées qui sont en relation avec une réalité non pas pour l'éclairer et la transformer, mais pour la justifier d'une

⁹²⁹ Cunningham (1991).

⁹³⁰ Villey (1986), p.145.

⁹³¹ G. Magistris, F. Ortiz Luna et V. Reinoso, « Derechos Humanos de los más jóvenes: entre discursos y práctica », Centro Cultural de la Cooperación, Buenos Aires, juin 2004/ février 2005. Les auteurs ont eu l'amabilité de me faciliter leur projet de recherche et de me donner l'autorisation de le citer. Ce groupe de recherche présente l'originalité de défendre les droits de l'enfant à partir d'une vision critique de la CIDE, démarche suffisamment rare en Amérique latine pour être signalée.

manière imaginaire. En d'autres termes, la doctrine de la protection intégrale serait un discours séducteur sans lien véritable avec l'application consciencieuse des droits de l'enfant. En faveur de cette thèse, les développements de García Méndez sur la « modeste utopie » sont éloquent⁹³².

Issus de la gauche qui s'opposait aux dictatures, les promoteurs des droits de l'enfant en Amérique latine n'ont pas cru bon de relever l'histoire critique des droits de l'homme à laquelle s'est livré Marx. Pourtant, le développement exponentiel des textes internationaux visant à protéger les enfants contraste avec leur situation réelle. Cela donne d'une certaine manière raison à Marx qui écrit sur les droits de l'homme : « Aucun des prétendus droits de l'homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé⁹³³ ». L'analyse marxiste de ce point de vue est proche de celle de Jean Carbonnier qui, devant le développement des droits subjectifs, voit le recul de valeurs collectives.

Marx poursuit l'analyse en étudiant quatre droits reconnus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 : « l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété » en concluant : « C'est pourquoi l'homme ne fut pas libéré de la religion : il obtint la liberté des cultes. Il ne fut pas libéré de la propriété ; il obtint la liberté de la propriété. Il ne fut pas libéré de l'égoïsme du métier, il obtint la liberté du métier ». Pour lui c'est la distinction entre l'homme et le citoyen qui limite la véritable libération de ce dernier. On comprend alors mieux pourquoi les défenseurs des droits de l'enfant, en Amérique latine spécialement, ont tenté d'interpréter la CIDE comme l'acte officiel de déclaration de citoyenneté des enfants. Cette construction a, néanmoins, les limites que nous avons montrées précédemment. Il s'agit tout au plus d'une « mini citoyenneté⁹³⁴ ».

⁹³² E. García Méndez, « La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía », in García Méndez (coord), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ah-Hoc, Buenos Aires, 2001.

⁹³³ Karl Marx, *La question juive*, 1843, 10-18, p. 37 à 39.

⁹³⁴ L'expression est utilisée par Sophie Pennarun (2001).

B - Des droits pour les enfants pauvres

En suivant cette logique, nous pouvons nous demander si le discours sur les droits de l'enfant est alors un moyen de perpétuer dans les faits ce qui a été aboli en droit.

Karl Marx, qui a dénoncé le scandale des enfants travailleurs, dénonce déjà, à son époque, le discours sur l'enfance : « Les déclamations bourgeoises sur la famille et l'éducation, sur les doux liens qui unissent l'enfant à ses parents, deviennent de plus en plus écoeurantes, à mesure que la grande industrie détruit tout lien de famille pour le prolétaire et transforme les enfants en simples articles de commerce, en simples instruments de travail⁹³⁵. » Le philosophe allemand dénoncera dans un chapitre du *Capital* les conditions de travail des enfants : « Faisons travailler les femmes et les enfants ! Voilà ce que se dit le capital, quand il commença à se servir de machines⁹³⁶ ». Le « capital » est pour Marx responsable des phénomènes de dislocation de la famille. Forcées de travailler dans l'industrie, les mères ne peuvent plus s'occuper de leurs enfants : « Certaines fonctions de la famille, telles que le soin et l'allaitement des enfants, ne pouvant être totalement supprimées, les mères confisquées par le capital sont plus ou moins forcées de louer des remplaçantes⁹³⁷ ».

Le travail des enfants et des femmes n'est pas, pour Marx, une fatalité, mais bien une nécessité de l'industrie en expansion. Ce thème a été repris par de nombreux auteurs latino-américains⁹³⁸, tant d'un point de vue historique que juridique ou littéraire. La question qui se pose alors est de se demander si la CIDE, qui s'adresse à tous les enfants du monde, réduit réellement cette fracture ou à l'inverse induit un discours trompeur sur l'enfance ? L'égalité en droit masquerait l'iniquité dans les faits ?

Si l'on étudie la carte des violations flagrantes et massives des droits de l'enfant, l'on se rend compte qu'elle se superpose à la carte de répartition des richesses dans le monde. C'est pour cette raison précise que l'analyse marxiste ne peut être écartée d'un revers de main partisan,

⁹³⁵ Karl Marx, *le Manifeste du parti communiste*, 1947, p. 42.

⁹³⁶ Karl Marx, *Le Capital*, Edition populaire, par Julien Berchardt, Texte français de J.-P. Samson, 1919, PUF, Paris 1965, p. 78. En général le chapitre « Appropriation des forces de travail supplémentaires. Travail des femmes et des enfants ».

⁹³⁷ Marx (1965), p. 79.

⁹³⁸ Par exemple : Gabriel Salazar (Chili) pour l'histoire, Emilio García Méndez (Argentine) pour le droit et Eduardo Galeano (Uruguay) pour la littérature.

car elle rend compte d'une faiblesse du discours sur les droits de l'enfant. A système économique semblable, les solutions juridiques sont homogènes. Cela revient à introduire l'idée que le nouveau discours sur les droits de l'enfant n'est qu'une justification intellectuelle de la violation de ces droits. Si le changement de normes juridiques, en l'espèce, l'approbation de la CIDE et son intégration plus ou moins complète dans les droits internes ne provoquent pas une amélioration significative des droits de l'enfant alors qu'elle est son utilité ?

La critique latino-américaine des lois sur l'enfance antérieure à la Convention porte justement sur cette question. Les législations visaient uniquement les enfants pauvres, les enfants abandonnés, les enfants délinquants⁹³⁹. L'apport considérable de la nouvelle législation est, toujours selon les doctrinaires, qu'elle s'adresse à tous les enfants. Toutefois, le nouveau discours sur les droits de l'enfant ne réduit pas cette différence existante entre les enfants « économiquement et socialement favorisés » et les autres. Tout au plus, il apporte une argumentation, un substrat juridique, voire idéologique, pour la combattre. C'est le postulat des défenseurs des droits de l'enfant. Selon eux l'application réelle de la CIDE permettrait l'égalité des enfants au nom de leurs droits. L'utopie contenue dans ce raisonnement est revendiquée en général par les idéologues des droits de l'enfant. Avec les droits de l'enfant se ferait le passage entre l'aliénation de l'enfant par l'ancien droit et sa libération par le nouveau. En France, Philippe Meirieu, se référant au regard sur l'enfance, soutient que « nous avons besoin aujourd'hui d'autres utopies, utopies de mobilité, de la différence, de l'intégration »⁹⁴⁰. En Amérique latine, écrit García Méndez, nous l'avons vu, développe le concept d'un droit utopique destiné à changer les structures sociales, un droit qui permet de fixer des objectifs destinés à améliorer le sort des enfants. Cette thèse est intellectuellement dangereuse et d'une certaine manière donnerait raison à Marx, car la promesse d'un futur meilleur permet alors de rendre le présent acceptable. Cette critique ne se situe pas uniquement sur le plan théorique. C'est précisément le décalage entre les droits des enfants et leur inapplication qui pose problème. Dans ce sens, les droits des enfants rendent acceptable une situation de fait qui ne l'est pas. Les droits de l'enfant juridiquement élaborés masquent la réalité de l'enfance pauvre latino-américaine particulièrement maltraitée. L'idéologie aurait alors une fonction d'occulter

⁹³⁹ Voir page 88.

⁹⁴⁰ P. Meirieu, M. Delevay, *Emile reviens vite... ils sont devenus fous*, ESF, Paris, 1992.

le fait socialement inacceptable par une théorie « utopique » promettant pour l'enfance du continent un monde meilleur, mais plus tard.

La doctrine de la protection intégrale est morale dans le sens où elle est porteuse de valeurs : la démocratie, la participation, la légalité. Elle montre ce qui doit changer et ce qui doit être renforcé. Ces valeurs s'opposent à des antivaleurs telles que l'arbitraire ou l'autoritarisme. Ces valeurs ont vocation à s'imposer. La doctrine est aussi moraliste. Elle définit un cadre à penser en dehors duquel les critiques deviennent des errements conservateurs. Il y a là une sorte d'anti-intellectualisme dans le sens où la doctrine élabore un système qui favorise une argumentation hermétique aux critiques et aux apports.

Le cadre moral et juridique est la CIDE qui procède à une unification, propre au droit international des droits de l'homme, qui dépasse les particularismes. Le juriste devient alors l'obligé d'une conception précise et particulière de l'enfant et de ces droits. García Méndez décrit ce cadre par ces mots : « doctrine et paradigme doivent s'interpréter à la lumière des conditions réelles, mais encore plus des conditions souhaitables pour notre enfance-adolescence. Toute diversité est bienvenue dans le contexte du respect rigoureux des droits humains spécifiques de l'enfance, aujourd'hui, universellement reconnus⁹⁴¹ ».

Section 2. - Universalité des droits de l'enfant

A la distinction de classe faite par Marx succède celle de la culture proposée par l'anthropologie moderne sur les droits de l'homme. Ils ne peuvent être universels puisque les cultures dans lesquelles ils sont supposés s'exercer sont radicalement différentes. De ce point de vue, les droits de l'enfant de la CIDE s'adressent à tous les enfants et manqueraient indéniablement leur cible puisqu'il y aurait autant d'enfants que de cultures auxquelles ils appartiennent. C'est en partant de la différence que le relativisme culturel critique l'universalité des droits. Le discours sur les droits de l'enfant, après la domination de classe, masquerait la domination du nord sur le sud.

⁹⁴¹ García Méndez (1997), p. 30.

§ 1. - Une convention occidentale ?

La vocation universelle des droits de l'homme entraîne avec elle la vocation universelle des droits de l'enfant. La CIDE a vocation universelle par sa filiation à la théorie générale des droits de l'homme et parce qu'elle a fait partie du droit positif de l'ensemble des pays signataires. Le concept de *Corpus Juris* des droits de l'enfant est rattaché à celui du droit international des droits de l'homme⁹⁴². Les droits de l'enfant doivent alors concilier les particularismes de chaque culture et l'universalité de la protection. L'influence de l'occident sur la théorie des droits de l'homme et sur l'élaboration de la CIDE, la rend, pour les tenants du relativisme culturel, suspecte d'être au service d'une conception de l'enfant étrangère aux réalités des pays du sud.

A - Universalité et particularismes

C'est bien l'universalité des droits de l'homme qui fait leur force. Elle ne signifie pas l'immutabilité, mais la permanence d'un socle de droits communs à tous. De fait, les Déclarations fondatrices ont été développées, complétées et ont donné naissance à des Déclarations ou Conventions régionales telles que la Convention européenne des droits de l'homme ou la CADH (pacte de San José). Cette recherche de précision introduit également une recherche de distinction. Si les Etats ont perçu la nécessité d'instruments régionaux, c'est bien en raison de leurs particularismes et de leur identité en tant qu'ensemble régional. C'est aussi pour renforcer dans la plupart des cas les systèmes de garantie. La CIDE a engendré également d'autres Déclarations la complétant comme la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1995. Il existe autre exemple régional de Déclaration de droits de l'enfant. Il s'agit de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ratifiée par la plupart des pays africains en 1999. Le texte africain se réfère à la CIDE, mais diffère de la CIDE en particulier sur la question des devoirs de l'enfant et du sens de la famille. Il a la particularité d'insister sur la responsabilité de l'enfant « envers sa famille, la société, l'Etat et toute autre communauté reconnue légalement ainsi qu'envers la communauté internationale ».

⁹⁴² Vote raisonné du juge Cancade, CIJ, Avis Consultatif 17 paragraphe 37.

Elle révèle également une dimension communautaire pratiquement absente de la CIDE. Toutefois, chaque texte est précédé d'un escalier de références historiques qui a pour but de faire du corpus des droits de l'homme, issus des textes internationaux, un tout cohérent. La cohérence est l'élément indispensable de cette déclinaison des droits de l'homme.

La CIDE, dans son préambule, fait référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme, à la Charte des Nations Unies, aux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, à la Déclaration de 1924 à celle de 1959, et au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Ce faisant les rédacteurs s'agrippent à une cohérence historique et à une universalité.

L'histoire a fait naître les droits de l'homme en Occident. Naissance suspecte qui, pour certains, jette un doute sur leur finalité. Les droits de l'homme serviraient l'intérêt des pays qui leur ont donné naissance. La politologue Béatrice Pouligny-Morgan⁹⁴³ affirme à ce sujet qu'« une forme importante de domination par les Etats réside dans la référence même à l'universalité des droits de l'homme (...) qui peut, dans certains cas au moins, constituer une façon habile de déguiser les intérêts des Etats du Nord ».

Nigel Cantwell, observateur privilégié des travaux préparatoires insiste sur l'inspiration occidentale du texte par ces mots : « les dangers que les conclusions (des travaux préparatoires) se traduisent par un texte lourdement influencé par le Nord étaient étendus et justifiés »⁹⁴⁴. Par soucis d'équilibre, il souligne toutefois que certains pays en voie de développement ont eu un rôle remarquable dont, pour ce qui concerne l'Amérique latine, l'Argentine et le Venezuela. Qu'il y ait universalité de droits pour les enfants n'empêche pas les particularismes culturels. L'aspect culturel est présent dans la CIDE. Il est demandé aux Etats que l'éducation vise entre autres à inculquer à l'enfant ses valeurs culturelles⁹⁴⁵. Le concept « d'enfant universel » n'a jamais été sérieusement envisagé. C'est l'universalité des droits qui est exigée par la CIDE pour des enfants de cultures différentes. Or, et là repose la critique, à travers cette universalité des droits s'impose progressivement une conception particulière de l'enfance.

⁹⁴³ B. Pouligny-Morgan, in Deler, Fauré, Piveteau, Roca (1998), p. 533.

⁹⁴⁴ Deler, Fauré, Piveteau, Roca (1988), p.23. Voir également Pilotti (2001), p.13.

⁹⁴⁵ CIDE, article 29-1-c.

B - La conception occidentale de l'enfance

L'influence déterminante des pays occidentaux dans l'élaboration de la CIDE a été mise en évidence. Elle provient tant des rédacteurs de la Convention, que des valeurs dont elle est l'expression. De même, la question du relativisme culturel⁹⁴⁶ a été pratiquement absente des travaux préparatoires de la CIDE. Pourtant, des traits culturels notables différencient, en Amérique latine, l'enfant indigène de l'enfant de la CIDE. Pour les cultures indiennes, l'importance du groupe prime sur la réalisation individuelle⁹⁴⁷, la question de l'âge de l'enfant n'a pas la même importance. Les questions touchant à l'éducation, à la santé relèvent de conceptions particulières et parfois irréductibles selon les cultures concernées. Quelle peut être, par exemple, pour la culture la portée du droit à l'éducation lorsque l'on sait que la notion même d'enfant revêt une signification propre ? « Pour les Guaranis, l'âme naît déjà avec un potentiel et des qualités et c'est pourquoi ils ne se préoccupent pas dans l'éducation familiale des enfants du développement de la nature psychique (...) Il n'y a aucune répression dans le processus éducatif » écrit l'ethnologue Sonia Grubits⁹⁴⁸. Ce qui est vrai pour l'éducation l'est aussi pour la santé où la représentation qu'une société se fait de l'enfance joue un rôle primordial dans les soins apportés à l'enfant. Le « meilleur état de santé possible » prévu par l'article 24 de la CIDE peut être sujet à des interprétations diverses lorsque l'on sait que la maladie d'un enfant, dans certaines populations andines, « peut être perçue comme un avertissement des esprits avant un retour décisif⁹⁴⁹ ». Cette définition est éloignée de la conception occidentale qui voit dans une maladie une perturbation des

⁹⁴⁶ L'article « el relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convencion de los derechos de los niños », de R. Avila Santamaría, 2001 est un excellent résumé sur la question. (en ligne) <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista5/analisis5.htm>.

⁹⁴⁷ Pour l'importance du lien, de naître au village, dans la maison, dans une pièce close : voir F. Lestage, *Le temps du mûrissement communautaire : Anthropologie de la petite enfance à Laraos, Andes péruviennes*, Thèse de doctorat en Anthropologie sociale et ethnologie, sous la direction de C. Bernand, EHESS, 1992.

⁹⁴⁸ S. Grubits, *L'identité infantile en construction chez les Guaraní-Kaiowa du Brésil, approche sémiotique*, Thèse de doctorat, sous la direction de M. Constantini, Ethnologie, Université de Paris 8, 2000, p. 310. Grubits cite les aspects fondamentaux de la culture guarani d'après Schaden. Pour d'autres sociétés en revanche, la « répression » débute dès le sevrage.

⁹⁴⁹ C-E de Suremain, P. Lefèvre, E. Rubin de Celis, E. Sejas, *Miradas cruzadas en el niño*, IFEA / IRD / Plural, Lima, 2003, p. 14. Dans cette étude multidisciplinaire, les auteurs ont pour hypothèse que la santé doit être abordée d'un point de vue « global et intégré » avec la participation des services de santé, des enfants et d'autres acteurs de l'enfance, pour multiplier les chances d'un développement harmonieux de l'enfant.

fonctions, systèmes ou organes corporels. Dans ce sens, l'affirmation de valeurs universelles serait impossible, car chaque culture sait ce qui est bon pour elle et surtout a des représentations particulières et uniques de l'enfant, des relations familiales, du droit... La question qui se pose alors est de savoir si les valeurs qui émanent de la CIDE sont universelles donc acceptables pour tous les enfants ou bien occidentales et donc relatives. Le noyau dur des droits de l'homme, tel que le droit à ne pas être soumis à des tortures, à l'esclavage, à la discrimination raciste ainsi que d'autres droits tel que le droit à l'éducation, à la santé constitue le *jus cogens* de l'humanité. Il fait l'objet d'un consensus international par le biais de conventions, ratifiées par les Etats. Cela est particulièrement vrai pour l'Amérique latine qui a toujours assumé le *corpus juris* des droits de l'homme. La Déclaration de San José de 1993 est sans ambiguïté, elle cite dans son article premier⁹⁵⁰ les principaux instruments se référant aux droits de l'homme donc prend en compte l'universalité qui s'y attache. Le relativisme culturel radical trouve ici peu de défenseurs pour une raison simple. Dénier l'universalité du noyau dur des droits de l'homme, c'est justifier toutes les transgressions. Pour l'avocat péruvien Wilfredo Ardito, spécialiste de cette question, les droits de l'homme sont l'unique forme d'étendre les prérogatives que les cultures les plus traditionnelles octroient seulement à quelques-uns de ses membres⁹⁵¹ ». C'est aussi la thèse des doctrinaires des droits de l'enfant qui n'évoquent pas la question du relativisme culturel, fondant leur démarche sur une « quête de l'intemporel⁹⁵² », une quête de droits idéaux pour un enfant idéal. Pour d'autres⁹⁵³, en suggérant une vision occidentale de l'enfance fondée sur le fait que l'enfant doit être protégé du monde adulte, la CIDE entraîne une infantilisation des pays du sud dont les enjeux diffèrent. En proposant un modèle d'enfance inapproprié, elle consacrerait la défaite d'une vision de l'enfance fondée sur la pluralité des cultures. Si le Sud actuel est le Nord du dix-neuvième siècle, alors les recettes qui ont permis une amélioration de la condition des enfants en Europe pourraient être appliquées. Il ne serait pas nécessaire

⁹⁵⁰ Article 1 « Nous renouvelons l'engagement que nous avons pris de promouvoir et de garantir le plein exercice des droits de l'homme, tels qu'ils sont définis dans la Déclaration universelle et les instruments universels et régionaux pertinents ».

⁹⁵¹ W. Ardito Vega, « los peligros del relativismo cultural », *la Insignia*, Pérou, 13 novembre 2004.

⁹⁵² L'expression est de Jacques Le Goff, *Histoire et Mémoire*, Gallimard, Folio Histoire, Paris, 1988, p. 55.

⁹⁵³ V. Pupavac, « The infantilisation of the South and the UN Convention on the rights of the Children » in Student Human Rights Law Centre, *Newsletter*, mars 1998, p.3.

d'attendre un siècle puisque nous possédons certaines réponses. C'est l'hypothèse contenue dans la CIDE.

§ 2. - Retour sur le travail des enfants au Pérou

Dans le domaine des droits de l'enfant, la question culturelle s'est posée avec force⁹⁵⁴ au sujet du travail des enfants. Schématiquement le travail des enfants est vu de l'Occident comme une violation du droit à l'éducation. Un enfant doit aller à l'école. A l'inverse, du point de vue de nombreuses cultures, l'enfant doit le plus rapidement possible subvenir aux besoins de la famille par son travail.

A - Le travail est un droit

Ce déséquilibre, entériné en faveur de la culture occidentale par la CIDE, fait des pays pauvres où le travail des enfants est le plus répandu, des pays en constante violation de ce droit. Le fait d'être stigmatisé comme un pays qui ne respecte pas les droits des enfants est parfois compris comme une marque de domination.

Par ce raisonnement, les tenants du relativisme culturel dénoncent le discours sur les droits de l'enfant comme infantilisant pour le sud. La querelle intellectuelle se traduit sur le terrain par deux attitudes antagonistes⁹⁵⁵. La première se fonde sur la CIDE et en particulier sur l'article 32 pour réclamer l'éradication totale du travail des enfants, la seconde considère que le travail est un droit qui bénéficie aussi aux enfants. Le principal promoteur de cette tendance est constitué par le Mouvement des enfants et adolescent travailleurs présent dans l'ensemble du continent. Au Pérou, dont l'exemple illustre la polémique, il s'agit du Mouvement d'adolescents et d'enfants travailleurs fils d'ouvriers catholiques (MANTHOC). Il soutient le droit au travail des enfants : « Pour nous, le travail est un droit. Attention, nous ne croyons

⁹⁵⁴ Voir Radda Barnen, *Trabajo infantil. Ser o no Ser ?* Radda Barnen, Pérou, 1985.

⁹⁵⁵ OIT, *Trabajo infantil en los países andinos Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru y Venezuela*, Oficina Regional Para America Latina Y El Caribe, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, OIT, 1998, p. 62.

pas que c'est une obligation. Nous aimons travailler parce que nous pouvons soutenir nos familles (...). Nous luttons contre toutes les formes de travaux dangereux comme le signale la CIDE⁹⁵⁶ ». Pour Enrique Jaramillo Garcia, fervent et radical défenseur du travail digne des enfants, la « position abolitionniste est soutenu par un regard ethnocentrique et occidental qui a pénétré l'Amérique latine et le Pérou au dix-huitième siècle sous l'influence du libéralisme européen⁹⁵⁷ ». A l'inverse, fermement opposé au travail des enfants, García Méndez⁹⁵⁸, prétend qu'il s'agit là d'une « rhétorique de la confusion » qui repose sur une « littérature pseudo ethnographique ».

A nouveau, il n'entre pas dans le débat juridique et réaffirme l'importance du droit à l'éducation comme axe pour éradiquer le travail des enfants. Pour les mouvements d'enfants travailleurs, le travail est un droit de la personne. Il n'y a pas de raison qu'il soit nié aux enfants qui souhaitent l'exercer. Le professeur péruvien Alejandro Cussianovich, proche des NATS, voit dans la volonté d'éradiquer le travail des enfants une « nouvelle doctrine de la situation irrégulière⁹⁵⁹ » ou la ligne de partage, cette fois, serait l'assistance ou non à l'école. Cette position en faveur du travail digne des enfants part du principe que les enfants et adolescents sont acteurs de leurs droits. Ce faisant ils exercent leur droit au travail. Ils s'organisent, exerçant leur droit d'association et ils le disent, exerçant ainsi leur droit d'opinion. Le travail des enfants, traditionnels dans les pays andins, c'est pour les NATS une forme de participation à la vie citoyenne telle que, justement, le promeut la CIDE. La directrice d'une association de Cuzco, Pérou écrit en termes polémiques⁹⁶⁰ : « les pays

⁹⁵⁶ (en ligne) Page de présentation du Manthoc, <http://www.manthoc.50megs.com/>.

⁹⁵⁷ E. Jaramillo Garcia, « El trabajo de los niños, niñas y adolescente pobres y excluidos: un derecho humano integral, universal, indivisible y irrenunciable » in *Infancia y adolescencia en America Latina: aportes desde la sociología*, Ijefant, Save the Children, 2003, p. 259. La conception de Jaramillo rejoint celle de Benachenhou pour qui « la conception et la pratique des droits de l'homme blanc, riche, mâle et adulte ont engendré (...) des profonds déséquilibres (...) ». Benachenhou (2000), p. 156. L'auteur dédie un chapitre sur le paternalisme des droits de l'homme p. 124 à 136. où il dénonce l'utilisation de la CIDE comme « alibi idéologique pour perpétuer la domination exercée sur les enfants », p.135. Peu documenté sur le droit des enfants, l'ouvrage reprend la question classique de l'effectivité des droits.

⁹⁵⁸ E. García Méndez, « el debate actual sobre el trabajo infantil en America latina y en el Caribe tendencias y perspectivas », in García Méndez (1997), p. 200.

⁹⁵⁹ A. Cussianovich Vega, *Algunas premisas para la reflexión y las prácticas sociales con niños y adolescentes trabajadores*, Radda Barnen, Pérou, 1997.

⁹⁶⁰ I. Baufumé, *Leur vie dans leur ville, Les enfants qui travaillent dans les rues à Cusco (Pérou)*, document de l'association Qosqo Maki, Lima, 1998. (en ligne) http://www2.acrennes.fr/crdp/puka/Leur_vie_dans_leur_ville.pdf

industrialisés, qui se targuent de lutter pour les droits des enfants, ont peu d'exemples à offrir comme mécanismes de participation réelle de l'enfance à la vie politique et sociale de la cité ». Cette participation met en lumière des formes d'apprentissage qui ne passent pas par l'institution scolaire.

B - Positions figées

Les NATS réclament plus de tolérance de la part des organisations internationales dont l'OIT et l'UNICEF, des organisations syndicales et des ONG. Ils demandent « pourquoi il y a tant de résistance (ou de myopie) » devant notre organisation et nos idées »⁹⁶¹. La polémique des enfants travailleurs est dense. D'un côté les enfants et adolescents réclament leur droit à un travail digne et de l'autre, les juristes avec García Méndez pour chef de file, prônent l'abolition du travail des enfants. Parole manipulée des enfants, discours coupé des réalités des intellectuels, il est difficile de trancher. Les anathèmes réciproques figent les positions.

De manière sage, le droit international n'interdit pas le travail des enfants, mais prohibe l'exploitation économique de ces derniers. Traduisant ce principe, le nouveau Code de l'enfant et de l'adolescent du Pérou, promulgué en 2000, reconnaît et régleme le droit au travail des enfants dans son article 19⁹⁶².

Voilà de nouveau, au-delà de la question culturelle, une résurgence du conflit de droit tel que le craignait Villey. Le CIDE ne le résout pas. Dès que les droits des enfants se trouvent confrontés à des droits antagonistes alors surgit le débat politique dirigé avec passion par les participants forts de leurs droits subjectifs. Pour le juriste équatorien Avila, sortir de ce conflit oblige un travail d'interprétation de la CIDE dont les principes doivent être « discutés, négociés et appliqués⁹⁶³ ». C'est une solution peu satisfaisante pour les théoriciens des droits de l'enfant qui se risquent à une perpétuelle discussion sur l'adéquation de la CIDE sans prendre en compte les critiques qui lui sont adressées. Ce manichéisme autour de la question

⁹⁶¹ M. Martínez Muñoz, « Infancia trabajadora y representaciones sociales », en *Revista Internacional desde los niños y adolescentes trabajadores* n°7, Lima, 2001.

⁹⁶² Article 19 « l'Etat garantit les modalités et horaires scolaires spéciaux qui permettent aux enfants et adolescents qui travaillent d'assister régulièrement à des centres d'études ».

⁹⁶³ Avila (2001).

du travail des enfants est stérile. D'autres voies existent comme celles qui consistent à concilier le travail et les études. Elles sont pratiquées dans de nombreux pays.

Section 3. - Enfant et science de l'enfance

S'il n'est plus, depuis la CIDE objet de droit, la place de l'enfant dans la société reste sujet de polémiques. Sous cet angle, il est pertinent de s'intéresser à la science de l'enfant sans doute est la mieux placée pour dire ce qui est le mieux pour lui. La pédagogie se montre également réservée quant à l'acceptation des droits de l'enfant. Il résulte paradoxal que les praticiens de l'enfance émettent souvent de fortes réticences à une promotion sans limites de la CIDE.

§ 1. - Pédagogues et juristes

Les pédagogues défendent avec moins de force que les juristes les droits de l'enfant. Ils sont peu nombreux dans les rangs des promoteurs latino-américains de la CIDE. Le développement actuel des droits de l'enfant dépasse leurs espérances. C'est pourtant leurs travaux qui ont placé l'enfance au centre du débat juridique.

A - Tout se joue dans l'enfance

Si tout se joue dans l'enfance⁹⁶⁴ alors il est fondamental qu'elle ait des droits. Il ne faut pas s'étonner que le droit, souvent plus conservateur, suive le pas. La CIDE sous cet angle n'est pas seulement l'aboutissement d'une série de Déclarations sur les droits de l'enfant, mais également le point de confluence de nombreuses disciplines. Point de confluence et sans doute point de départ vers une redéfinition de l'enfance. Relayée par la psychologie et la

⁹⁶⁴ F. Dodson, *Tout se joue avant 6 ans*, Editions Marabout, Paris, 1996. Cette idée "moderne" se trouve également chez John Locke qui écrivait en 1695 "Les moindres et les plus insensibles impressions que nous prenons des notre tendre enfance ont des conséquences très importantes et d'une longue durée" in J. Locke, *de l'éducation des enfants*, traduit de l'anglais par M. Coste, 7ème édition, Lausanne 1759, p. 2.

pédagogie, la psychanalyse a progressivement contribué à reconstruire une enfance différente en la plaçant au cœur de l'humain, de l'humanité, en faisant de l'enfant le principal responsable de ce que l'adulte est.

Pour les juristes, l'enfant est à présent un sujet de droit, pour les pédagogues reprenant le mot de Françoise Dolto c'est une personne. « Cette attitude rencontrera à la fin des années quatre-vingt-dix celle de la militance pour les droits des enfants⁹⁶⁵ ». La centralité nouvelle de l'enfant pose la question du rôle de l'adulte. Négociateur destiné à contribuer aux droits de ces enfants ou autorité qui doit les guider ? Le débat est posé en ces termes. Refusant cette vision manichéenne de l'enfant-roi ou de l'enfant jivaro (c'est l'expression qu'utilise Meirieu pour définir l'enfant comme adulte miniature), le pédagogue montre la cohérence de la CIDE avec la pédagogie moderne : « Ce que nous dit tout le mouvement pédagogique initié par Korczak et qui trouve son expression dans la Convention internationale des droits de l'enfant, c'est que nous devons renoncer à grandir et à apprendre à la place de l'enfant⁹⁶⁶ ». Pour le pédagogue « ils (les droits de l'enfant) témoignent de l'engagement des adultes pour que chaque enfant puisse, un jour, signer sa propre vie ». Pour lui, les droits responsabilisent l'enfant. Gêné par les controversés articles 12 et 13 de la CIDE reconnaissant le droit à l'expression des enfants « capable de discernement », Meirieu dira dans une formule alambiquée qu'il s'agit du « droit à former les enfants à ces droits par leur exercice même ». C'est là sans doute une partie du génie des rédacteurs de la CIDE est d'avoir su construire un texte équilibré, flou parfois, tout en étant contraignant et surtout, en développant une vision nouvelle fondée sur les droits de l'enfant. La CIDE consacre l'enfant comme une personne dont la parole est digne d'être écoutée, dont la parole doit être écoutée. Elle rejoint en cela un courant de la psychologie de l'enfant fortement influencé par les travaux de Françoise Dolto. Après avoir contribué à penser l'enfant comme sujet, il semble que la pédagogie s'en inquiète.

B - Les devoirs de l'enfant

Pour le psychologue Jean Pierre Chartier, « (...) la fameuse Charte des droits de l'enfant (me) paraît être, d'un point de vue psychologique, la plus grande aberration de nos temps

⁹⁶⁵ L. Gavarini, *La passion de l'enfant*, Pluriel, Denoel, Paris, 2001, p. 75.

⁹⁶⁶ P. Meirieu, *Le pédagogue et les droits de l'enfant : histoire d'un malentendu*, Editions du Tricorne, Genève, 2002, p. 23.

modernes. »⁹⁶⁷ C'est une aberration pour le psychologue, car elle est autoréférente et ne prend pas en compte la question des devoirs. Par ailleurs, ajoute-t-il, elle tend à gommer la distance entre l'adulte et l'enfant. L'enfant risque-t-il de poser « aux maîtres de réalité (les adultes) un problème insoluble » prophétise Jean Baudrillard son article intitulé « le continent noir de l'enfance⁹⁶⁸ ». La CIDE est qualifiée de « Déclaration ubuesque » et l'enfant y serait ridiculisé. Comme Finkelkraut, le philosophe nous livre une vision bien pessimiste de l'enfance, « une espèce en voie de disparition ». C'est prêter sans doute au texte international, incomplet et fruit de divers compromis, un bien étrange pouvoir. « Même la dramaturgie oedipienne ne joue plus » regrette Baudrillard faisant appel à une science qui a indirectement, mais certainement contribué à donner une visibilité inédite à l'enfance.

La CIDE est aussi interprétée par la psychologie comme un « élément de déliaison » entre l'enfant et sa famille pour deux raisons. La première est qu'elle entraîne une confusion entre les besoins des enfants et les droits. Les besoins deviennent des droits à... « On entérine ainsi un glissement conceptuel entre les droits élémentaires et la revendication des droits subjectifs extensifs⁹⁶⁹ ». Le lien social devient alors unilatéral. La deuxième raison est justement la question des devoirs attachés aux droits. Sans devoirs les droits sont une illusion. La CIDE « donne à l'enfant un certain nombre de droits comme il ressort de son libellé, mais laisse sous silence ce qu'il en serait de son corollaire : les devoirs⁹⁷⁰ ». Isoler les droits de l'enfant de leurs devoirs est interprété comme une remise en question du principe d'autorité des parents envers leurs enfants. Alors que la CIDE prétend simplement limiter la toute-puissance des parents et les abus caractérisés, la reconnaissance de droits spécifiques à l'enfant fait des parents les premiers débiteurs des enfants. Les droits des enfants sont exigibles aux parents. Le rôle des parents serait alors de conserver leurs enfants, de ne pas les abîmer. Pour le psychiatre Bernard Fourez « la ratification de la Convention des droits de l'enfant, à mon avis, a été

⁹⁶⁷ Audition de M. Jean-Pierre Chartier, Directeur de l'école de psychologues praticiens, Auditions de la Commission d'enquête sénatoriale française sur la délinquance des mineurs, Sénat, 22 mai 2002. Il s'agit de la Charte européenne des droits de l'enfant de 1992.

⁹⁶⁸ J. Baudrillard, « Le continent noir de l'enfance », *Libération*, 16 octobre 1995.

⁹⁶⁹ F. Petit, « De l'enfant roi à l'enfant victime : l'enfant oublié », in *Avatars et désarrois de l'enfant-roi*, Journée de travail, Cercle d'Etudes Subjectivité et lien social, Namur, mars 2002. (en ligne) <http://www.cfwb.be/maltraitance/pdf/avatar.pdf>.

⁹⁷⁰ M. Dokhan, « Les avatars de la puissance paternelle: de l'infini au zéro ? », in *L'enfant des limites*, n° 48, *La Lettre de l'enfance et de l'adolescence* (Revue du Grape) dirigée par Henri de Caével et Françoise Petitot, éditions Eres, Paris, 2002.

l'entérinement formel d'une approche « rousseauiste » qui s'était installée petit à petit durant les décennies précédentes⁹⁷¹ ». En instaurant un principe d'égalité, la CIDE opérerait une occultation du réel donnant aux enfants des droits similaires à ceux des parents. L'enfant devient la valeur refuge de la société et « l'événement majeur de l'actualité⁹⁷² » qu'il faut promouvoir. Julia Kristeva tout en reconnaissant avec Finkelkraut que « nous vivons notre infantilisme par procuration en le projetant sur nos enfants » revendique la constitution d'un droit des enfants pour dit-elle « définir leur autonomie, assurer leur protection et cerner leurs devoirs ». Enfin, la pédagogie doit nous rappeler que la relation avec l'enfant ne peut se limiter à la réalisation de ses droits. L'encadrement par la norme n'est pas forcément une bonne chose. La judiciarisation ici risque de rendre la parole difficile.

§ 2. - Les droits de l'enfant entre la démocratie et l'autorité

L'invention des droits de l'enfant a souvent été interprétée comme mettant fin à l'autorité de l'adulte sur lui, au nom de l'égalité. La question des devoirs de l'enfant attachés aux droits ne se pose pas dans les mêmes termes d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique. L'autorité, confondue souvent avec l'autoritarisme, est suspecte et traquée. Les critiques d'Hannah Arendt sur la démission de l'autorité des adultes devant les enfants sont, en Amérique latine, minimisées ou absentes de la réflexion.

A - Débat sur l'autorité de l'adulte en France

La CIDE se situe à la croisée des chemins entre la surexploitation de l'enfant et la surexploitation du droit. A la « passion de l'enfant » suit celle du droit. La Convention dispose dans son préambule que : « (...) l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa

⁹⁷¹ B.Fourez, psychiatre, Exposant neuf, n°12, Bruxelles, 2003, p. 18. Le fait de qualifier d'approcher rousseauiste est exagéré. On peut lire dans la préface de l'Emile : « La nature veut que les enfants soient enfants avant que d'être hommes. Si nous voulons pervertir cet ordre nous produirons des fruits précoces qui n'auront ni maturité ni saveur et ne tarderont pas à se corrompre : nous aurons de jeunes docteurs et de vieux enfants ».

⁹⁷² J. Kristeva, « Sacrée mère, sacré enfant », *Libération* 20 novembre 1987.

personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension (...) ». Il s'agit donc d'un impératif moral qui s'adresse tant aux Etats qu'aux parents. Or, il s'avère que cet idéal social de bonheur risque d'étouffer les enfants occidentaux. Il développe le « culte de la subjectivité désirante au détriment de la référence au monde commun⁹⁷³ ». C'est-à-dire que le fait de nantir l'enfant de droits dès sa naissance contribue à mettre sous le boisseau l'expression de la revendication de ses droits. Plus qu'un être écouté, l'enfant n'a jamais été autant pensé, fabriqué. La société veut faire de lui un « être performant⁹⁷⁴ ». De nouveau la question des droits de l'enfant se pose comme excuse à un projet de société dans lequel la place de l'enfant est de moins en moins hasardeuse.

Déjà, Hannah Arendt, sans faire référence explicitement aux droits des enfants, dénonçait les méthodes modernes d'éducation qui ont « effectivement essayé de mettre en pratique cette absurdité qui consiste à traiter les enfants comme une minorité opprimée qui a besoin de se libérer⁹⁷⁵ ». Pour elle, la question de l'éducation des enfants – le chapitre sur la crise de la culture traite des enfants des Etats-Unis dans les années cinquante – est une question d'autorité. L'abolir, c'est « refuser d'assumer la responsabilité du monde dans lequel ils ont placé les enfants ». Pour que l'enfant s'approprie et puisse transformer le monde, il faut le lui apprendre. Comme l'écrit la psychologue canadienne Marie-Claude Blais « les règles de la vie sociale ne lui sont pas données avec sa venue au monde⁹⁷⁶ ». L'analyse d'Arendt va au-delà des règles sociales. Pour apprendre le monde aux enfants, il faut y croire. Cette transmission du monde est une tâche éducative qui déborde largement le cadre étroit des droits de l'enfant.

Cette critique d'Arendt a été reprise par le pédagogue Philippe Meirieu⁹⁷⁷. Il reconnaît la validité des propos de la philosophe dans le domaine politique, mais arrête ici la comparaison pour montrer comment la CIDE peut apporter un équilibre entre droits des enfants et respect de l'autorité. Alors qu'Arendt poursuit en faisant un lien clair entre la sphère publique et la

⁹⁷³ J.P. Le Goff cité par M. van Renterghem, « les beaux jours de Summerhill », *Le Monde*, 21 février 2000. (en ligne) : <http://pauillac.inria.fr/~lang/ecrits/latrive/www.lemonde.fr/article/0,2320,43294,00.html>

⁹⁷⁴ Gavarini (2001), p. 110 à 113.

⁹⁷⁵ H. Arendt, *La crise de la culture*, Folio essais, Paris, 1972, p. 244. Dans le même sens qu'Arendt : Paul Aries, « L'enfant, nouveau sujet de droit », *Encyclopédie Universalis*, 1989, p. 127.

⁹⁷⁶ M.C. Blais, « Une libération problématique », *Le Débat*, n° 121, septembre-octobre 2002, p.143.

⁹⁷⁷ Meirieu (2002).

sphère privée. Ce lien a été relevé par García Méndez⁹⁷⁸ pour montrer que l'introduction de la démocratie dans la famille par la participation active des enfants a des conséquences sur la démocratie. Il met les réticences d'Arendt concernant la participation active des enfants sur le compte de l'expérience encore « très fraîche dans la mémoire d'Hannah Arendt » des jeunesses hitlériennes. La participation des enfants, poursuit García Méndez, est indispensable « dans un contexte démocratique ». Pour Meirieu ce débat n'est plus d'actualité : « la tentation non directive est abandonnée en pédagogie » écrit-il. Mais il ne dit pas par quoi elle a été remplacée. Le vide ainsi créé serait-il comblé par les droits de l'enfant ? Plus convaincante est l'analyse d'Alain Renaut⁹⁷⁹ qui se livre à une critique d'Arendt en lui reprochant de ne s'intéresser qu'aux effets pervers de la modernisation de l'éducation et par la même laisser de côté un des principes de cette modernisation qui est l'autonomisation et l'émancipation des enfants. On retrouve sous la plume des promoteurs de la doctrine de la protection intégrale cette méfiance de l'autorité pour des raisons historiques évidentes.

B - Débat sur la démocratie en Amérique latine

La redéfinition de l'enfance et en particulier la place faite à la petite enfance s'est traduite dans la région par un développement considérable de l'éducation préscolaire, par une prise en compte des nécessités éducatives des petits enfants. Sur un autre plan, l'accent est mis sur la promotion des droits de l'enfant dans les écoles.

Les enjeux en France et en Amérique latine se distinguent. D'un côté, nous trouvons une recherche d'adéquation progressive entre les nouveaux principes proclamés par la CIDE et le droit interne et de l'autre, outre cette adéquation indispensable, s'impose la nécessité d'une rupture avec les régimes autoritaires. C'est sans doute cette raison centrale qui a permis à la CIDE d'échapper, dans le continent latino-américain, aux critiques fondées sur une réflexion sur l'autorité et le rôle de l'adulte. Dans la pédagogie latino-américaine, le débat est tout

⁹⁷⁸ E García Méndez, « La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes de América Latina, notas para la construcción de una modesta utopía », in *Justicia y derechos del niño*, n°3, Santiago, décembre 2001, p. 85 à p.102.

⁹⁷⁹ Renaut (2002), p. 20 à 22.

autre. Gomes Da Costa⁹⁸⁰, se référant aux théories de Paulo Freire, montre que le glissement de « l'éducation bancaire » où l'enfant est le réceptacle de connaissances que l'éducateur veut lui transmettre vers « l'éducation libératrice » où l'éduqué est le sujet du processus éducatif correspond au passage de la doctrine de la situation irrégulière à la doctrine de la protection intégrale. Il en déduit qu'il existe entre pédagogues et juristes un « territoire commun » qu'il convient de cultiver. Par conséquent, la question se porte davantage sur la question de l'enseignement des droits aux enfants. Il s'agit de la pédagogie des droits qui se décline dans de nombreux programmes d'éducation aux droits de l'homme⁹⁸¹. La question centrale que pose le théologien Frei Betto, spécialiste des droits de l'homme est : comment politiser l'éducation aux droits de l'enfant sans tomber dans une vision politique de partis ? Nous sommes loin des débats français sur le rôle et la place de l'enfant dans la société.

D'une manière générale, la question des droits de l'enfant vue comme un programme politique ne peut faire abstraction justement des questions que lui pose le droit et en particulier celle de la réciprocité. Cela implique le retour, dans la pédagogie du concept d'autorité compris comme limite aux droits de l'enfant, et en droit de celui d'obligation corollaire indispensable à l'expression d'un droit. « (...) Il faudra s'accorder pour donner un droit à l'enfant. Non plus seulement des droits au sens de la Convention des droits de l'Enfant, mais un droit : un ensemble de libertés, de prérogatives et d'obligations⁹⁸² ».

⁹⁸⁰ A. Gomes da Costa, « Pedagogia y justicia », in García Méndez (1998), p. 62.

⁹⁸¹ F. Betto, « Pedagogía de los derechos humanos », *Revista del Sur* n°46, juillet 1995.

⁹⁸² Y. Honhon, *L'enfant et le droit*, Colloque interdisciplinaire organisé par D.U.N.E.S, Université de Nantes, Mercredi 7 mai 2003 (en ligne) <http://membres.lycos.fr/dunesasso/colloque%20enfance%20programme.htm>.

CHAPITRE 4. - A QUI PROFITE LE DROIT?

Face aux critiques, le discours dogmatique de la doctrine latino-américaine reste étonnamment silencieux. Concentrée sur ce que nous avons appelé la stratégie de l'adéquation, la doctrine effleure juste les débats de la question culturelle, de la nature des droits des enfants ou de la question des devoirs des enfants. Elle impose une vision uniforme née de la CIDE plus qu'elle ne s'empare d'une discussion à la fécondité incertaine. Les raisons qui conduisent à cette discrétion sont, à notre avis, liées à la question de la production du droit.

Section 1. - Production de droit

L'agence des Nations Unies pour l'enfance s'est emparée de la CIDE dès sa promulgation, et a développé une stratégie monolithique faisant d'elle le point de départ de toute réponse à la situation précaire des enfants dans le monde. Grâce à une vision régionale globale et à un pouvoir médiatique, l'UNICEF dispose d'une influence incomparable pour orienter et interpréter les droits de l'enfant dans le continent. Pour ce faire, l'organisation est épaulée par les intellectuels qui ont construit la doctrine de la protection intégrale.

§ 1. - Les intellectuels

L'engagement de nombreux juristes latino-américains en faveur des droits de l'enfant a accéléré le bouleversement du droit dans ce domaine. Hautement spécialisés et souvent formés à l'étranger, ils disposent avec l'UNICEF d'une caisse de résonance mondiale.

A - Parcours similaires

Nous nous sommes largement appuyés sur l'œuvre d'Emilio García Méndez pour présenter les caractéristiques de la doctrine de la protection intégrale. Il en est l'inventeur. Ses ouvrages servent de référence sur la question. García Méndez, avocat de l'Université de Buenos Aires a obtenu son doctorat en droit dans l'université de Saarland en Allemagne. Il s'est spécialisé dans la criminologie comme chercheur à l'université de Zulia au Venezuela et à l'UNICRI (Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice) à Rome. Responsable de programme de l'UNICEF au Brésil, puis assesseur de l'UNICEF en Colombie, il est lié à l'Agence des Nations Unies pour l'enfance. Il a écrit de nombreux ouvrages et articles sur les droits de l'enfant. Il fait partie, entre autres, du comité de rédaction de la revue « Justice et droits de l'enfant » publié par l'UNICEF. Ce comité compte également avec deux autres intellectuels Mary Beloff et Miguel Cillero, particulièrement productifs sur la question. Ils ont largement contribué, avec García Méndez, à l'élaboration et à la diffusion de la doctrine de la protection intégrale. Mary Beloff est également avocate de l'Université de Buenos Aires, titulaire d'un magistère de l'Université d'Harvard, professeur de droit pénal à l'université de Palerme et de Buenos Aires. Elle est consultante externe de l'UNICEF. Miguel Cillero est aussi avocat, professeur à l'Université de Diego Portales au Chili consultant de l'UNICEF pour l'Argentine, le Chili et l'Uruguay. D'autres tels que les brésiliens Antonio Carlos Gomez da Costa et Edson Seda, dont les contributions à l'élaboration théorique au Brésil ont été notables, sont également consultants de l'UNICEF. En résumé, L'ensemble des auteurs qui ont construit la doctrine de la protection intégrale sont des juristes liés à l'UNICEF. L'agence onusienne est le point de convergence de ces juristes.

B - Commission d'experts ?

De même, la plupart des publications de ces auteurs apparaissent dans des organes dirigés ou soutenus par l'UNICEF et relayés par le puissant site Internet de l'organisation internationale. De ce point de vue, le rôle d'Internet contribue à la diffusion de la doctrine. Les sources d'information sont homogènes et proviennent de quelques sites d'organisations puissantes et hiérarchiques toute acquises à la doctrine de la protection intégrale. Un petit

réseau d'experts, hautement spécialisés, trouve dans Internet un outil impressionnant de diffusion de leurs idées, plus qu'une source d'alimentation d'un débat⁹⁸³. La production et surtout la diffusion d'idées critiques sont inexistantes.

Il y a lien établi entre la doctrine, les doctrinaires et l'UNICEF. Il s'agit ici d'une volonté délibérée de l'Agence des Nations Unies pour l'enfance qui a considéré la doctrine de la protection intégrale comme le relais théorique de la CIDE sur le continent. Daniel O'Donnell, avocat et également consultant à l'UNICEF, explique que « l'UNICEF a recruté des spécialistes, qui ont suscité l'échange d'expériences et d'idées au niveau continental⁹⁸⁴ ». La doctrine de la protection intégrale, qui a inspiré la législation latino-américaine, est donc le fruit d'une commission d'experts fonctionnaires ou consultants de l'UNICEF.

Il est à ce sujet intéressant de constater que García Méndez faisait le reproche au droit antérieur à la CIDE d'être la construction d'un petit nombre d'experts : « Traditionnellement, dénonce García Méndez, les lois des mineurs sont en Amérique latine le résultat du travail technique de petites commissions d'experts⁹⁸⁵ ». Les lois actuelles poursuit-il sont le fruit d'un large débat et d'une participation populaire. Les lois actuelles, pour la plupart ont certainement connu une participation de la société civile importante, mais pas la doctrine qui les inspire, qui, elle, est bien le fruit « d'une petite commission d'experts ». Elle a produit un discours sur les droits de l'enfant qui voyage vite. Il contribue à la globalisation du droit, heurtant le monopole de l'Etat dans ce domaine.

Ce qui est remarquable dans le travail de ces juristes est le développement considérable qu'il a connu dans le continent. Il ne fait pas de doute que la diffusion des droits de l'enfant leur doit beaucoup à leur capacité d'influence.

⁹⁸³ Pouligny (2001), p. 8 L'auteur explique en s'appuyant sur l'exemple de la campagne des mines antipersonnelles qu'« on observe un processus très contrôlé par un nombre limité d'individus, à la tête des organisations, et très hiérarchisé, avec une faible interactivité dans les faits ». Le lobby des droits de l'enfant a suivi un processus identique.

⁹⁸⁴ D. O'Donnell, « La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia », *Annales du XIXème Congrès Panaméricain de l'Enfant*, Mexico, IIN, 27-29 octobre 2004, p. 3.

⁹⁸⁵ García Méndez (1997), p. 29.

§ 2. - L'UNICEF en question

L'UNICEF a des antennes dans la presque totalité des pays du monde. En théorie, les objectifs de ces bureaux se confondent avec ceux de l'organisation. Dans la pratique, les comités de soutien de l'UNICEF dans le Nord financent ceux du Sud. Alors que dans le Nord la protection des enfants est laissée aux Etats, l'UNICEF est particulièrement active dans le sud pour influencer les politiques nationales.

A - Les riches financent

Sur les dix-sept premiers gouvernements donateurs pour la contribution aux ressources ordinaires de l'UNICEF en 2003, on trouve treize pays européens. Les Etats-Unis arrivent en tête avec un montant total qui avoisine les trois cents millions de dollars. Les contributions des gouvernements représentent 67 % du budget, et celle des Etats-Unis correspond à plus du quart. Sans entrer davantage dans les détails chiffrés, une conclusion logique s'impose. Ce sont les pays riches qui financent l'UNICEF. Ils financent et ils dirigent. Il est de tradition que les directeurs des principales agences des Nations Unies soient des nationaux des pays donateurs.

Le fait que l'UNICEF soit financée et dirigée par les pays riches⁹⁸⁶ permet-il de conclure que la politique de l'organisation onusienne pour les enfants subit l'influence de ces pays ? De quelle influence s'agit-il ? La réponse à ces questions n'est pas aussi évidente que les chiffres. Depuis sa fondation en 1947 à l'initiative du médecin polonais Ludwick Rajchman, tous les dirigeants exécutifs de l'organisation sont originaires des Etats-Unis. Le siège de l'UNICEF est à New York. Les premiers dirigeants des cinq premiers bureaux latino-américains étaient des Occidentaux⁹⁸⁷. A partir des années cinquante, le travail de l'UNICEF en Amérique latine

⁹⁸⁶ De manière globale, l'UNICEF n'est pas critiquée pour son hégémonie sur la question de l'enfance. De fait, les principales critiques que reçoit l'organisation sont de deux ordres. L'une vient des Etats-Unis et concerne les coûts de gestion. Voir N. Eberstadt, « Trick or treat for Unicef? Its policies leave no doubt : not any more », *New Republic*, Washington, 10 novembre 1997. Cette critique est souvent relayée, en Amérique latine par les secteurs les plus engagés pour l'enfance qui dénoncent « l'inutilité des experts ». L'autre critique a été formulée par l'Eglise Catholique et concerne la politique de « droits reproductifs ».

⁹⁸⁷ Pour l'histoire de l'UNICEF en Amérique latine voir: Kennet Grant, *UNICEF en las Americas, Para la infancia de tres decenios*, serie historia del UNICEF, monografia IV, UNICEF, octobre 1996.

a consisté à mettre en place des actions d'urgence comme le précisait sa mission. Rapidement se sont mis en place des programmes concrets visant le traitement de telle ou telle maladie. Ce n'est que plus tard, dans les années soixante, que l'UNICEF s'est intéressé aux questions d'éducation avant le tournant des années quatre-vingt-dix et le développement de la doctrine de la protection intégrale. Cette orientation ne remplace pas les activités plus traditionnelles de l'organisation, mais les oriente.

L'organisation tente d'afficher une neutralité politique. Lorsque l'UNICEF retrace son histoire, elle ne prend pas en compte les liens possibles entre régimes politiques et situations des enfants. Cela s'est traduit par l'absence de prise de position contre les dictatures des années soixante-dix. Dans l'article de Kenneth Grant, fonctionnaire de l'Agence, sur l'histoire de l'UNICEF, il n'est pas fait référence à la politique extérieure des Etats-Unis, à la guerre froide, aux révolutions cubaine et nicaraguayenne, autant d'événements qui ont marqué les cinquante dernières années et... certainement influencé la situation des enfants. Les critiques de l'UNICEF envers son principal contributeur (les Etats-Unis) ne peuvent être que mesurées. Ce n'est qu'après l'adoption de la CIDE, soit après la fin de la guerre froide, que s'impose l'insistance sur la démocratie comme terreau favorable pour l'épanouissement de l'enfant.

B - Les pauvres reçoivent

Née pour subvenir aux besoins des enfants européens après la Seconde Guerre mondiale, l'UNICEF après la reconstruction européenne a transféré ses programmes vers les pays en voie de développement.

L'UNICEF est présente dans l'ensemble des pays latino-américains. A l'inverse de son rôle de collecteur d'argent dans les pays occidentaux, elle investit les sommes récoltées dans le continent. Cela se traduit par une omniprésence de l'Agence des Nations Unies dans le domaine de l'enfance dans la région. Plus le pays est pauvre, plus l'UNICEF est présente. Cela pour une raison logique : il s'agit de pays qui ont plus besoin d'aide. Ainsi en 2003⁹⁸⁸, les programmes de coopération de l'UNICEF en Haïti s'élevaient pour la période 2002-2006 à près de dix millions de dollars alors que ceux du Nicaragua et du Honduras représentaient

⁹⁸⁸ Rapport annuel de l'UNICEF 2003, p. 39.

respectivement 4.5 et 4.2 millions de dollars. L'aide au Costa Rica, au Salvador et à Cuba avoisine les trois millions de dollars.

Selon l'UNICEF, l'objectif est que les « programmes dans la région contribuent à faire naître une vision globale des droits de l'enfant et à mobiliser les sociétés pour qu'elles poursuivent cet idéal afin que les droits de chaque enfant soient respectés⁹⁸⁹ ». Les outils pour développer la vision globale de l'enfant sont l'unification des critères d'évaluation de la situation des enfants, la mise en place de séminaires, de publications, d'études spécialisées... Le financement direct de certains programmes ou la fourniture de matériel médical ou sanitaire a diminué, subordonné à la promotion des droits de l'enfant. Il y a deux raisons à cette diminution. D'abord, les actions d'assistance coûtent cher et les budgets des programmes de coopération de l'UNICEF représentent pour chaque pays le budget d'une ONG occidentale moyenne. Et d'autre part, l'organisation s'oriente fortement vers un travail de diffusion des droits de l'enfant plus que vers des programmes d'assistance, sauf en cas de crise humanitaire. Dans les pays du sud, l'omniprésence de l'UNICEF se caractérise par une action auprès de l'ensemble des intervenants. Elle définit son travail en Amérique latine de la manière suivante : « nos programmes dans la région contribuent à inspirer une vision commune des droits de l'enfance et à mobiliser les sociétés pour mettre en pratique cette vision⁹⁹⁰ ». Ce rôle est pratiquement absent dans les pays du Nord. Si l'on regarde plus précisément au sujet d'un pays donné, on remarque l'étendue des attributions que s'octroie l'agence internationale. « L'UNICEF au Chili travaille (...) avec le gouvernement, les régions, les municipalités, les syndicats, les enfants, leurs parents et la société en général dans tout le pays⁹⁹¹ ». De fait, les pays latino-américains ont reçu avec la CIDE, dont l'élaboration s'est faite sans eux, des directives précises suggérant les politiques publiques à suivre. Concernant le travail de l'UNICEF, il est certain que de nombreux experts, sans compter le personnel administratif, sont originaires du pays dans lesquels l'UNICEF s'investit. Mais la production d'idées se fait ailleurs.

En dictant en partie les politiques de l'enfance dans des pays tiers l'UNICEF contribue d'une certaine manière à cette « infantilisation du sud » dont nous avons parlé au sujet de la

⁹⁸⁹ Définition donnée dans le site internet de l'UNICEF : (en ligne) <http://www.UNICEF.org/french/infobycountry/latinamerica.html>

⁹⁹⁰ Site internet officiel de l'Unicef (en ligne) www.unicef.org

⁹⁹¹ Site internet d' UNICEF Chili, (en ligne) : http://www.UNICEF.cl/UNICEF_chile/quehacemos.htm.

représentation de l'enfant et surtout ne comble pas le déficit démocratique. En effet, les politiques pour l'enfance sont en partie écrites par des experts non représentatifs qui ne doivent pas répondre de leurs expertises.

Section 2. - Exportation de droits

L'argent de l'UNICEF voyage accompagné. Des idées sur l'enfance en passant par l'ébauche de politiques publiques, l'influence de l'agence onusienne est forte en Amérique latine. Le droit s'exporte ; avec lui, un projet de société. Dans cet esprit, l'exportation des droits de l'enfant est l'une des rares influences largement acceptées par les secteurs les plus divers de la société latino-américaine. Cette hégémonie-là est rarement considérée comme suspecte.

§ 1. - D'où vient le droit

Lire la doctrine de la protection intégrale dans la perspective de la théorie de l'exportation de droit permet de situer l'action de l'UNICEF dans un cadre plus large. De l'action généreuse et désintéressée envers les enfants pauvres à l'expression d'une politique hégémonique, les hypothèses sont ouvertes. De fait, répressif ou libéral, le droit entraîne avec lui une vision de l'homme. Pour certains, influencés par le concept marxiste de « liberté formelle », la diffusion des droits de l'homme en Amérique latine n'est qu'un aspect de l'hégémonie des Etats-Unis. Cette thèse radicale est à nuancer. Il reste néanmoins que la doctrine de la protection intégrale prend un autre sens lorsqu'elle est lue dans la perspective de la théorie de l'exportation du droit.

A - La diffusion des idées

Le phénomène d'importation et d'exportation de droit et en particulier des droits de l'homme a été mis en évidence par Dezalay et Garth⁹⁹². Ils ont essayé de voir les enjeux qui résident dans l'exportation des droits de l'homme vers l'Amérique latine. La diffusion des nouvelles idées, concluent les auteurs à travers une fine analyse des réseaux de pouvoir, vient renforcer dans le continent latino-américain l'hégémonie politique nord-américaine. Cette thèse polémique donne alors un autre sens aux Conventions internationales des droits de l'homme qui, comprises littéralement, ont l'objet de protéger l'homme bafoué. Elles seraient porteuses, aussi, d'un projet de société et d'une vision de l'homme qu'une deuxième lecture rend plus évidente. Pour Dezalay, « l'enjeu majeur de ces batailles répétées est la disqualification du modèle d'un Etat fort capable d'orchestrer le développement national au profit de celui d'un Etat allégé par une politique de dérégulation conforme aux exigences du marché international et aux préceptes de l'idéologie néolibérale⁹⁹³ ». L'analyse des auteurs est illustrée par deux exemples qui sont : la progressive installation dans le continent de politiques néolibérales dont le modèle serait l'influence des « Chicago boys » dans le Chili de Pinochet et le développement des droits de l'homme qui, tout en s'opposant aux dictatures, accompagne et « renforce » un projet de société libérale. La production de droit est le fait d'acteurs précis, identifiés, mais dont la stratégie n'est pas aisée à comprendre. Nous avons signalé dans l'introduction l'importance d'observer une institution dans le contexte dans lequel elle a été créée. De même, la règle de droit qu'elle soit loi nationale ou Convention internationale est l'œuvre de pouvoirs particuliers qu'ils soient nationaux ou internationaux et qui répondent en faisant le droit à des nécessités pressenties et à des politiques déterminées. Dezalay le résume par cette phrase : « les conceptions, les savoirs et les usages du droit sont indissociables de la structure du champ du pouvoir étatique dans laquelle ils s'insèrent et qu'ils renforcent⁹⁹⁴ ». Vers l'Amérique latine, cette exportation s'insère dans une stratégie d'exportation des droits de l'homme. Dans un style résolument polémique, Dezalay et Barth rappellent que « le droit

⁹⁹² Y. Dezalay, B.Garth, *La mondialisation des guerres de palais : la restructuration du pouvoir d'Etat en Amérique latine, entre notables du droit et Chicago boys*, Le Seuil, Paris, 2002.

⁹⁹³ Dezalay, Garth (2002), p. 30.

⁹⁹⁴ Dezalay, Garth (2002), p. 26.

et les juristes ont toujours constitué des instruments privilégiés des politiques coloniales⁹⁹⁵ ». Pour s’implanter en Amérique latine, la CIDE a dû s’appuyer sur des relais locaux. En l’espèce, il s’agirait de ceux qui ont formulé la « doctrine de la protection intégrale ». Ils seraient les « intermédiaires obligés entre les intérêts locaux et ceux de la puissance hégémonique⁹⁹⁶ ».

B - Un droit pour l’Amérique latine

Avocats, professeurs de droit, les doctrinaires ont tous en commun, nous l’avons signalé, un lien fort avec l’UNICEF. L’organisation des Nations Unies pour l’enfance, totalement absente au début des travaux sur la CIDE, en a fait son « fer de lance » relayé en cela par nombre de juristes et militants dont l’apport principal a été de théoriser la CIDE, en critiquant fortement la période antérieure à son adoption. Les critiques visaient autant la manière dont les enfants étaient traités que les pouvoirs établis. Postérieurement à l’adoption de la CIDE, les critiques ont porté vers les « enclaves autoritaires » des pouvoirs démocratiques des régimes de transition. Dans les mains de ces juristes, la CIDE devient plus qu’un outil visant à repenser l’enfance et sa place dans la société pour être une stratégie de démocratisation dont les enfants en seraient à la fois les bénéficiaires et le prétexte. Ici, ce n’est pas la préoccupation de ces intellectuels pour les enfants latino-américains qui est en cause. Nombre d’entre eux sont, aussi, militants dans des ONG dédiées à l’enfance. Ce qui est en cause est une sorte d’aveuglement théorique qui tente de faire de la CIDE l’outil de politique interne qu’elle n’est pas. Si les objectifs des travaux sont politiques et les lignes de García Méndez sur la participation des enfants le laisse entendre alors c’est sur le terrain politique qu’il faut se situer et non plus juridique.

La doctrine de protection intégrale est-elle une production juridique propre à l’Amérique latine ou une production destinée à l’Amérique latine ?

⁹⁹⁵ Dezalay, Garth (2002), p. 27.

⁹⁹⁶ Dezalay, Garth (2002), p. 28.

Nous sommes loin des droits des enfants. Ce n'est pas si sûr. L'hypothèse mérite que l'on s'y arrête concernant la CIDE. Dezalay et Garth traitent du mouvement des droits de l'homme et non d'une convention particulière nommément citée.

La CIDE, dès sa conception, a été critiquée comme étant une vision de l'occident sur l'enfant. L'enfant occidental tel qu'il est rêvé dans les travaux préparatoires de la CIDE deviendrait par le biais du droit international l'enfant international. C'est à dire un enfant bénéficiant de règles communes à tous les enfants du monde indépendamment de sa culture. Dans les travaux préparatoires, pas plus de trente pays étaient présents dans le groupe de travail mis en place en 1979 lors de la trente-cinquième session de la Commission des droits de l'homme : trente pays et une surreprésentation des Etats occidentaux et des ONG internationales. A titre d'exemple, la présence dès le début des travaux de l'International Commission of Jurists, organisation soutenant une vision particulièrement occidentale des droits de l'homme, dont le soutien par la CIA a été mis en évidence jusqu'en 1970, est un indice qui incite à fouiller davantage la question du sens de l'exportation du droit.

Ainsi, la CIDE, doit être comprise en prenant en compte les circonstances qui lui ont donné naissance. Il faut tenter de saisir non seulement les nécessités qui la justifient c'est-à-dire la situation des enfants, mais également la politique à laquelle elle s'associe.

En d'autres termes, se cantonner à exiger l'application de la CIDE de manière prophétique (voir García Méndez) ou angélique (ONG qui travaillent avec les enfants) sans lire les « structures » qui l'accompagnent est, plus qu'un risque de mauvaise interprétation juridique, une erreur quant à l'efficacité du but poursuivi et partagé : le mieux-être des enfants. La simultanéité et l'homogénéité des réformes qui ont accompagné la Convention de New York permettent de s'interroger sur « la main invisible » qui les guide. Plus qu'il ne « veut » transmettre explicitement une vision de l'enfant, l'occident véhicule des idées et des concepts que l'on retrouve tant dans le domaine culturel que juridique. Ils marquent l'imaginaire collectif et influent sur la vie quotidienne. De fait, « l'American way of life » est un rêve pour des contingents de jeunes latino-américains. C'est ainsi que progressivement, s'impose une vision particulière de l'enfant⁹⁹⁷ fortement imprégnée du courant anglo-saxon « libérationniste ».

⁹⁹⁷ Paul Ariès (1989), p. 128.

§ 2. - Une hégémonie juridique ?

L'analyse de García Méndez met en avant le fait que les régimes autoritaires se sont parfaitement adaptés au droit des mineurs. Peut-on étendre l'analogie en avançant l'hypothèse que les régimes libéraux se sont parfaitement adaptés à la CIDE ? En réalité les stratégies de démocratisation sont variées et il est difficile de mettre en avant tel ou tel élément fédérateur. Il est certain néanmoins que le contexte international a joué un rôle clé. La fin de la guerre froide a impliqué un renversement de la politique des Etats-Unis dans le continent qui s'est traduit par une promotion vigoureuse de la démocratie. Mais encore fallait-il un certain consensus national des élites politiques pour y parvenir.

A - La thèse du complot

Il serait erroné de lire dans ce qui précède l'idée d'une hégémonie juridique cohérente décidée au Nord et appliquée au Sud qui entraînerait une nouvelle vision de l'enfant tel qu'il est voulu par le Nord. Cette thèse⁹⁹⁸ est défendue seulement par quelques acteurs radicaux qui attribuent l'ensemble des maux du continent à une volonté occidentale d'imposer ses vues qui pourrait être exprimée de la manière suivante : la pauvreté est un problème individuel ; il faut avoir de la patience, la politique économique doit tout résoudre. Cela entraînerait une vision apolitique du monde. La stratégie doit être, selon Enrique Jaramillo, éducateur, spécialiste des droits de l'enfant et engagé dans les mouvements d'enfants travailleurs au Pérou, de démasquer les organismes tels que l'OIT et l'UNICEF et leurs « suiveurs créoles » qui tentent de nous présenter un « monde idéal pour les enfants » dans une mer d'inégalités. « La présence de l'UNICEF dans les pays d'Amérique latine et au Pérou a pour objectif d'éradiquer le travail des enfants et avaliser dans la pratique la restriction des dépenses sociales en éducation, alimentation et santé des différents gouvernements qui privilégient le service de la dette extérieure en défaveur de la vie de millions d'enfants pauvres et exclus⁹⁹⁹ ».

⁹⁹⁸ E. Jaramillo, *Infancia y adolescencia en América Latina, aportes desde la sociología*, Tome 2, Save the Children / Ijefant, Lima, 2004, p. 267 à 268.

⁹⁹⁹ E. Jaramillo, « protección integral », Email à l'auteur, 24 novembre 2004.

Cette thèse se fonde sur une vision de la société popularisée dans les années soixante-dix dans un contexte de guerre froide et également sur une réflexion sur le capital humain chère à Kliskberg¹⁰⁰⁰ dont se réclame Jaramillo. Si elle est conceptuellement erronée par ses aspects simplificateurs, cette vision critique des organismes des Nations Unies, dont l'UNICEF, est populiste et constitue un grand risque, si elle prospère, pour décrédibiliser l'action onusienne. Le discours sur l'enfance est majoritairement un discours sur l'enfance pauvre. Dans cet esprit, Francine Mestrum¹⁰⁰¹, docteure en sciences sociales, montre que le discours sur la pauvreté est une construction idéologique destinée « à éliminer les revendications des pays pauvres ». Cette thèse est proche de celle de Jaramillo. Plus précise que l'éducateur péruvien, elle met en évidence un lien structurel entre le discours sur la pauvreté et la politique libérale des institutions financières. Il y aurait une absorption du discours de l'UNICEF et plus généralement du discours sur les droits de l'homme¹⁰⁰² par l'ensemble des institutions des Nations Unies. Il s'agirait en réalité d'un masque pour l'application des politiques néolibérales. L'hypothèse est attractive, la réalité plus complexe.

B - Intérêts contradictoires au sein des Nations Unies

Si l'exportation des droits de l'homme était véritablement un outil pour promouvoir un modèle de société alors pourquoi les Etats-Unis sont réticents à ratifier la CIDE ?

Le débat soulevé par Dezalay et Garth trouve néanmoins ses limites concernant les droits de l'enfant. La Convention doit alors être interprétée comme un lieu de contradictions entre la thèse de Dezalay et Garth qui voient dans l'exportation des droits de l'homme une sorte d'hégémonie des Etats-Unis destinée à promouvoir un modèle de société libérale et fondée sur l'individu et la réalité qui montre l'extrême difficulté pour les Etats-Unis de ratifier la Convention pour les raisons que nous avons signalées. La contradiction est apparente sans

¹⁰⁰⁰ B. Kliksberg, *Hacia una Economía con Rostro Humano*, Fondo de Cultura Económica Buenos Aires 2003.

¹⁰⁰¹ F. Mestrum, *Mondialisation et pauvreté : L'utilité de la pauvreté dans le nouvel ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2002.

¹⁰⁰² Dans ce sens A. Badiou, « La ética y la cuestión de los derechos humanos », *Revista Acontecimiento* n° 19-20, Buenos Aires, 2000. L'auteur développe la thèse que « les droits de l'homme sont actuellement une idéologie du capitalisme globalisé ». (en ligne) www.grupoacontecimiento.com.ar.

doute, mais elle reflète en elle-même un troisième débat sur les droits de l'homme comme discours théorique et application pratique, débat central concernant la CIDE.

Si les Déclarations des droits de l'homme sont largement entérinées par les Etats, c'est aussi en raison de l'impossibilité de leur application. Malgré les efforts faits pour prévoir des mécanismes d'évaluation, comme le CDE prévu par l'article 43 de la CIDE, les Etats n'ont pas beaucoup à craindre juridiquement de la Convention des droits de l'enfant. Cela ne signifie pas que les Etats aient à redouter son application, mais qu'elle est, en tant que telle, inapplicable dans sa totalité. Nous avons observé que, malgré les efforts des groupes de pression, malgré les efforts législatifs, de nombreux articles de la Convention sont violés quotidiennement, et cela, sans sanction.

Le pari de l'universalisation fait par l'UNICEF est risqué et ne se fait pas sans contradictions. Une des oppositions les plus flagrantes existe au sein même des Nations Unies. Elle a été mise en évidence par Jean Ziegler dans son rapport sur l'alimentation : « Les Institutions de Bretton Woods, notamment le FMI, mais aussi l'OMC, qui ne fait pas partie de l'ONU, annulent, par leurs stratégies de libéralisation à outrance et de privatisation, nombre de progrès que les organisations spécialisées telles l'OMS, le PNUD, l'UNICEF, la FAO, l'OIT, (...) réalisèrent en faveur des peuples les plus démunis¹⁰⁰³ ». Cette opposition n'est pas nouvelle. Un débat identique a eu lieu à la fin des années quatre-vingt quand l'UNICEF a dénoncé les politiques d'ajustement structurel du FMI en montrant les conséquences sur la pauvreté, la faim et la maladie¹⁰⁰⁴ en particulier en ce qui concerne les groupes les plus vulnérables. La motivation du FMI était à l'époque la réduction du secteur public et en particulier la diminution des dépenses en santé et en éducation. Le résultat de cette première « confrontation » a été l'absorption du discours sur la pauvreté et les effets collatéraux des politiques libérales par la Banque Mondiale et le FMI. La lutte contre la pauvreté aujourd'hui est devenue une priorité dans les textes sans que soit remis en cause le consensus de Washington qui prône une politique libérale en matière économique, commerciale et financière. Agissant de la sorte, l'opposition entre les agences serait réduite par l'adoption d'un discours identique.

¹⁰⁰³ Exposé oral de J. Ziegler, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, le 4 avril 2002, à Genève, devant la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. (en ligne) http://www.aidh.org/alimentation/2_04.htm

¹⁰⁰⁴ Cornia, Jolly, Stewart, *Adjustment with a human face*. A study by UNICEF, Université d'Oxford, New York, 1987.

Réelles ou apparentes, les contradictions entre les agences sociales et les agences financières des Nations Unies jettent un trouble sur le débat académique. L'axiome qui veut que « la croissance est bonne pour les pauvres et la libéralisation est bonne pour la croissance » est remis en question. Comme le signale le professeur Lapeyre, « le nouveau dispositif de justification utilisé par le discours dominant est problématique, car il repose sur la mise en avant d'un enchaînement vertueux dont les différents maillons sont fragiles¹⁰⁰⁵ ».

Prêter au discours sur les droits de l'enfant des intérêts masqués tels que la justification de politiques économiques promues par d'autres agences des Nations Unies ne repose sur aucune donnée vérifiable. En revanche, dans sa logique propre, la construction idéologique sur les droits de l'enfant est en contradiction flagrante avec la pensée économique dominante, comme le dénonçait Jean Ziegler au sujet du droit à l'alimentation. Les craintes exprimées par l'UNICEF dès 1987¹⁰⁰⁶ sur l'ajournement des plans sociaux par les bailleurs de fonds et sur le danger d'une diminution des dépenses publiques étaient avérées. L'Etat, en Amérique latine, s'est retiré. De nombreux services publics ont été privatisés. L'éducation et la santé sont des prérogatives maintenant partagées entre le domaine public et le domaine privé. L'arbitre dans ce débat reste l'Etat même s'il n'est plus maître des règles du jeu.

Malgré la place croissante prise par les droits de l'enfant tant par la multiplication des textes que des institutions destinées à veiller à leur application, le décalage entre la proclamation des droits et leur effectivité est, sous cet angle également, flagrant. La communauté internationale doit-elle alors produire davantage de textes et générer de nouvelles institutions pour améliorer le sort des enfants ou bien cette méthode ne trouve-t-elle pas ses propres limites devant l'aspect dramatique de la situation ? La surexploitation du droit au détriment du politique risque de porter un discrédit dangereux aux droits des enfants dont l'inefficacité constatée porte en elle le mépris des règles. Et le politique, pris en tenaille entre des exigences contradictoires de rentabilité économique et de politiques sociales se retrouve incapable de protéger ces citoyens les plus jeunes. Quelle est la nature du lien, peut-on se demander, entre la proclamation de droits pour l'enfant et le respect de ces droits ? Nous retrouvons la

¹⁰⁰⁵ F. Lapeyre, « Regard critique sur la relation entre libéralisation, croissance et pauvreté », Institut d'Etudes du Développement Université Catholique de Louvain in *Le défi social du développement*, Comelieu, Genève, IUES, 2003. Cet article est un brillant résumé de l'histoire et des enjeux du discours sur la pauvreté des vingt dernières années.

¹⁰⁰⁶ G. Cornia, R. Jolly, F. Stewart, *L'Ajustement à visage humain: protéger les groupes vulnérables et favoriser la croissance*, UNICEF, Economica, Paris, 1987.

question centrale de notre travail. A quoi sert le déploiement juridique destiné à protéger les enfants du monde s'il persiste à être si mal appliqué ?

Avancer l'hypothèse que les droits de l'enfant ne profitent pas aux enfants est particulièrement iconoclaste et vraisemblablement injuste. De même, l'idée selon laquelle il y aurait un intérêt idéologique clair, un agenda inavoué masqué de la CIDE ne repose pas sur des faits avérés. Plus intéressant, en revanche, est d'observer les effets du développement particulier des droits de l'homme appliqués aux enfants. Le recul de plus de quinze années depuis la proclamation de la Convention permet en Amérique latine de tirer quelques conclusions sur son influence et son impact, indépendamment de l'intention qui lui a donné naissance.

TITRE 3. - UN DROIT A L'EPREUVE DE L'IMPERATIF DE LA COHERENCE DE L'ETAT DE DROIT

Plus de vingt années après l'approbation de la CIDE, malgré son intégration rapide, parfois partielle, dans les droits internes des pays latino-américains, malgré la position sans ambiguïté de la Cour de Justice Interaméricaine, son application reste insatisfaisante. L'irrespect des droits de l'enfant provoque la CIDE. L'état des lieux permet de se demander si cet effort juridique considérable de mise en adéquation des textes nationaux avec la Convention internationale mérite d'être prioritaire. La question de l'effectivité des droits reste la question centrale de toute réflexion théorique sur la CIDE. Posée d'une autre manière la question serait : la dramatique situation des enfants peut-elle trouver dans le droit une réponse acceptable ?

De plus en plus dense et complexe, le droit se substitue à « d'autres instruments défaillants¹⁰⁰⁷ » comme la morale ou la politique. Ce faisant il devient à son tour défaillant. Surexploité, il trouve sa limite dans les exigences que l'on attend de lui.

¹⁰⁰⁷ G. Carcassonne, « Société de droit contre Etat de droit », in *L'Etat de droit*. Mélanges en l'honneur de G. Braibant, Paris, Dalloz, 1996.

SOUS-TITRE 1. - LA CIDE ET L'ETAT DE DROIT

Il est important de garder en mémoire que les Déclarations des droits de l'homme sont nées des excès des pouvoirs autoritaires qui ont bafoué les droits des individus. Si les horreurs de la Seconde Guerre mondiale ont donné lieu à la Déclaration de 1948, elles n'ont pas ou peu été vécues par les pays d'Amérique latine (l'Argentine est entrée en guerre le 27 mars 1945). En revanche alors que l'Europe vivait une période de paix sans précédent dans son histoire, se sont multipliées, sur un fond de guerre froide, les dictatures en Amérique latine. Contemporaine de la démocratie, la CIDE a connu un accueil positif de la part des gouvernants et des gouvernés. Son adoption et son adaptation aux droits nationaux ont marqué une étape dans la reconstruction des Etats de droit. C'est pour cette raison que les critiques d'ordre sociologique sur la place de l'enfant dans la famille ou d'ordre juridique sur la prolifération des droits subjectifs n'ont que fort peu d'écho en Amérique latine. De même que les droits de l'enfant soient produits pour l'Amérique latine comme nous l'avons suggéré est secondaire. L'enjeu est autre. Il est à la consolidation de l'Etat de droit. La CIDE doit y contribuer. C'est de cette consolidation, espèrent les promoteurs de la doctrine de la protection intégrale, que s'améliorera la situation des enfants.

CHAPITRE 1. - LA CIDE ET LA RECHERCHE DE L'ETAT DE DROIT

Rappelons que les droits de l'enfant garantissent éducation¹⁰⁰⁸, santé et même bonheur pour tous les enfants. Or la situation de fait pour des millions d'enfants en est la négation permanente. Pourtant, les Etats démocratiques latino-américains se sont approprié du texte international. Presque ensemble, ils se sont livrés à un extraordinaire effort juridique de construction de règles nouvelles en accord avec les principes et les droits de la CIDE. Ces normes peinent à s'appliquer. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'importance de la CIDE en Amérique latine. L'intégration des droits de l'homme dans les droits nationaux, leur diffusion auprès d'un public toujours plus large ne réduit pas, *ipso facto*, le fossé existant entre le droit et la praxis. Ici réside l'effort constant des défenseurs des droits de l'enfant. Pour eux, la promotion incessante des droits de l'enfant est une manière de fixer dans les textes ce que l'Etat doit atteindre pour être pleinement un Etat de droit. C'est aussi pour cette raison qu'une vision critique des droits de l'enfant court le risque d'être perçue comme une tentative de déstabilisation des efforts de consolidation des fragiles Etats de droit.

Section 1. - La CIDE participe à la construction de l'Etat de droit

L'Etat de droit est considéré comme une des principales caractéristiques des régimes démocratiques. Il s'oppose à l'Etat policier en consacrant la primauté des droits de l'homme. Cette définition est largement acceptée, si l'on excepte la vision du positivisme juridique de Kelsen¹⁰⁰⁹ pour lequel seul l'Etat produit du droit et se situe au sommet de la pyramide d'un droit hiérarchique. Pour lui, l'expression « Etat de droit » serait un pléonasme. Concernant l'Amérique latine qui a connu une alternance de régimes policiers et de régimes démocratiques, l'Etat de droit est une question en perpétuel débat. Le temps des dictatures dans les années quatre-vingt a fait de l'Etat le principal suspect d'abus contre l'Etat de droit.

¹⁰⁰⁸ Préambule, article 24 et 28 de la CIDE.

¹⁰⁰⁹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945.

Le droit international des droits de l'homme, de ce point de vue, joue le rôle d'amarre de l'Etat à la démocratie : c'est le sens de l'effort de l'adéquation des droits de l'enfant aux droits nationaux.

§ 1. - La culture juridique des droits de l'enfant

Pour García Méndez, plus que le pouvoir politique, c'est la culture juridique qui a permis la longévité du droit inique de la situation irrégulière. C'est donc cette culture qui doit évoluer pour permettre la pleine expression des droits de l'enfant. Deux axiomes s'imposent alors : la transformation de l'Etat passe par un travail en profondeur sur la culture juridique. La reconstruction de l'Etat de droit doit s'imprégner de la culture des droits de l'homme.

A - La culture juridique en cause

L'élaboration de la doctrine de la protection intégrale repose sur une critique du droit des mineurs qui s'est imposé dans l'ensemble des pays d'Amérique latine de 1920 à 1989¹⁰¹⁰. L'oeuvre de García Méndez et de l'ensemble des doctrinaires de la protection intégrale est binaire : rejet du passé et foi en l'avenir. Dans sa critique de la législation ancienne, le rôle de l'Etat dans la construction des normes, qui ont conduit d'un corps légal « irrégulier », est à peine mentionné. Ce n'est pas l'Etat qui est jugé responsable direct de l'élaboration d'un droit injuste. Ce qui est dénoncé par l'avocat argentin est « une culture d'incapacité sociale » ou bien une « idéologie hégémonique de la compassion/répression ». Sollicité par la Cour interaméricaine des droits de l'homme comme expert dans le cas Bulacio¹⁰¹¹, il écrit : « Les principaux obstacles pour le respect des droits de l'homme de l'enfance ne sont pas seulement la technique juridique ambiguë et défectueuse, mais surtout la culture juridique stéréotypée sur le sens et la portée de la protection due aux sujets dont la vulnérabilité a été pour une large

¹⁰¹⁰ Voir page 88.

¹⁰¹¹ Expertise d'Emilio García Méndez, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cas Bulacio vs. Argentina, arrêt du 18 septembre 2003.

mesure, artificiellement construite ». Cette culture, pour lui, est restée inchangée jusqu'à l'adoption de la CIDE. Le changement du rôle de l'Etat pendant cette période est tout juste évoqué pour signaler que, malgré les évolutions caractérisées par une emprise plus forte de l'Etat sur les questions sociales et par une crise fiscale au début des années soixante, la politique juridique envers les mineurs n'a pas connu d'évolution notable. De même, l'apogée des régimes militaires en Amérique latine n'a pas entraîné de changements significatifs dans la législation des mineurs. Ce n'est pas, écrit García Méndez, un « sous-produit » des dictatures, mais elle s'est merveilleusement bien adaptée à leur « projet social¹⁰¹² » jusqu'à devenir une « source d'inspiration pour le droit pénal et constitutionnel ». Plus que l'Etat, c'est la culture juridique de l'époque qui est analysée et dénoncée. L'Etat n'est alors que l'exécutant ou le traducteur d'une culture juridique donnée. Il semble qu'il y ait un lien direct entre l'attitude historique des juristes (juges, avocats...) et la confiance des citoyens dans un recours supérieur contre les abus. Concernant les droits de l'homme et les droits de l'enfant, c'est la culture juridique externe qui a facilité la remise en cause de la culture juridique interne¹⁰¹³.

L'adéquation des droits nationaux à la CIDE est la partie la plus palpable de la doctrine de la protection intégrale. De manière plus souterraine, la doctrine propose également un travail sur la culture juridique actuelle. La base indispensable au déploiement de cette stratégie est l'intégration de la CIDE aux droits nationaux. Les droits des enfants doivent faire partie du droit positif des Etats. Fort de ce préalable, le discours de la doctrine s'attaque aux responsables de la permanence de la culture juridique issue de la doctrine de la situation irrégulière. Dans ce sens, un effort d'appropriation du discours par les groupes sociaux est indispensable. C'est le travail des doctrinaires, soutenus en cela par l'UNICEF, et plus largement par chaque institution perméable à la nouvelle vision de l'enfance proposée par la CIDE. Ce travail a rapidement porté des fruits. D'une part, le préalable juridique est en passe d'être accompli. La subsistance de « l'ancien droit » est de plus en plus réduite. Les derniers bastions de la doctrine de la situation irrégulière comme le Chili ou l'Argentine sont en train

¹⁰¹² García Méndez (1998), p. 20.

¹⁰¹³ E. Fuenzalida Faivovich, « Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999) », in *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, UNAM, México, 2003, p. 228. (en ligne) <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1078/6.pdf>. L'auteur développe la question de l'influence de la culture juridique externe des droits de l'homme en prenant l'exemple de l'affaire Pinochet arrêté par le juge B. Garzon à Londres.

de se convertir à la CIDE. Le discours pédagogique sur les droits de l'enfant est, lui aussi, efficace. Aujourd'hui, dans l'ensemble de la région, nombre d'institutions publiques ou privées se le sont approprié. Les exemples sont légion. Ainsi, le ministère des Relations Extérieures de l'Equateur, dans son site Internet, signale que le pays a été le premier en Amérique latine et le troisième dans le monde à « souscrire » à la CIDE. Il ajoute que sa constitution est inspirée de la doctrine de la protection intégrale. La référence à la doctrine se retrouve dans la quasi-totalité des sites Internet ministériels (Venezuela, Brésil, Argentine, Chili, Paraguay, Uruguay...) latino-américains. Elle est ensuite déclinée et souvent expliquée dans l'exposé des politiques publiques dirigées vers l'enfance. La diffusion de la doctrine est également importante dans le secteur privé des ONG consacrées à l'enfance. Toutes ou presque s'inspirent de la doctrine. Elle agit comme un label de légitimité pour toute action envers les enfants. Il convient d'ajouter le travail de l'Institut latino-américain de l'enfant, organisme dépendant de la OEA, qui organise de nombreuses conférences et cours sur la question. L'IIN organise tous les quatre ans le congrès panaméricain de l'enfant depuis 1916 (le premier a eu lieu à Buenos Aires). Les actes des Congrès montrent l'évolution de la conception de l'enfant dans le continent¹⁰¹⁴ qui a progressivement abouti à l'élaboration de la doctrine de la protection intégrale.

B - Pour une culture des droits

Si la culture juridique a été le principal allié de la doctrine de la situation irrégulière alors le travail sur cette culture par la diffusion de la doctrine de la protection intégrale revêt une importance primordiale. Ce travail a été couronné de succès. Nul acteur de l'enfance n'ignore le contenu de la doctrine. Elle fonctionne comme un outil justificatif de la plupart des actions éducatives et sociales pour l'enfance indépendamment de la réalité de ces dernières.

A défaut d'être appliqués, les droits de l'enfant produisent des effets. Ils s'imposent en réalité aux gouvernements comme une tentative juridique de suppléer les carences en matière de protection. Pour les promoteurs de la doctrine de la protection intégrale, l'impact des effets de la CIDE doit conduire à la construction d'une culture des droits.

¹⁰¹⁴ Voir: S. Iglesias, H. Villagra, L. Barrios, « Un viaje a través de los espejos de los congresos panamericanos del niño », in García Méndez (1992), p. 389 à 451.

Déjà dans ses premiers écrits García Méndez insistait sur le thème culturel. Opposant une culture juridique oppressive, il propose de lui substituer une culture juridique inspirée de la CIDE. « Je ne me fatigue pas d'insister à affirmer que ce dont nous avons besoin, en définitive, est un changement dans les modèles culturels dans le sens du nouveau paradigme (de la protection intégrale)¹⁰¹⁵ ». Le thème de la culture des droits a pris de l'importance et vient compléter la stratégie de l'adéquation juridique. Il a été repris ensuite par la CEPAL en 1997 dans une publication annuelle¹⁰¹⁶ dont le chapitre cinq était intitulé : « une perspective des droits de l'homme de l'enfance et la génération d'une culture de droits ». Une des recommandations de l'organisme des Nations Unies était à cette époque « d'établir une culture centrée sur la reconnaissance des droits humains des garçons et des filles qui se manifeste dans la vie quotidienne des personnes et dans le fonctionnement des institutions¹⁰¹⁷ ».

Dans le dix-neuvième Congrès panaméricain de l'enfance qui a eu lieu en 2004 à Mexico, avec la famille pour thème central, une conférence particulière était dédiée à la promotion de la culture des droits¹⁰¹⁸, au thème de la protection intégrale et des normes juridiques concernant la famille. Ana Teresa Leon, psychologue et consultante de l'UNICEF, remarque que la diffusion du discours sur les droits de l'enfant a été ample et efficace sur le plan politique, juridique, académique dans tous les pays du continent. Cependant, reconnaît la psychologue, « la traduction des énoncés à la pratique a été et continue d'être difficile¹⁰¹⁹ ». Elle propose comme élément de solution pour l'application réelle des droits de l'enfant une véritable « construction d'une culture de droits » de la part de tous les acteurs sociaux. Cette culture de droit, dont la définition reste vague, convoque la famille, l'Etat, la société civile et les moyens de communication. « Seulement, conclut-elle, avec la participation de tous et de toutes on pourra construire une culture de droits¹⁰²⁰ ». On assiste ici à un glissement de la

¹⁰¹⁵ E. García Méndez, *Prehistoria e historia del control socio- penal de la infancia. Políticas jurídicas y Derechos Humanos en América Latina*, Unicri et Galerna, Buenos Aires 1991, conclusion.

¹⁰¹⁶ *Panorama Social de l'Amérique Latine*, CEPAL, 1997.

¹⁰¹⁷ CEPAL (1997), p. 95.

¹⁰¹⁸ A.T. Leon, « Promoción de una cultura de derechos: rol de la familia, el estado, la sociedad civil y los medios de comunicacion », Conférence, *Annales du XIXème Congrès Panaméricain de l'enfant*, IIN, Mexico, 27-29 octobre 2004.

¹⁰¹⁹ Leon (2004), p. 2.

¹⁰²⁰ Leon (2004), p. 20.

revendication des droits, à la revendication de la culture des droits. Le même phénomène s'est produit concernant le thème de la paix. Les manifestes et déclarations en faveur d'une culture de paix, dont la résolution 53/25 du 10 novembre 1998 qui proclamait la « Décennie internationale de la promotion d'une culture de la non-violence et de la paix au profit des enfants du monde, 2001-2010 », ont mobilisé les ONG et les Nations Unies. Faut-il lire ces textes comme le cri de l'humanité impuissante à faire régner la paix et le droit, ou bien des outils qui contribuent efficacement aux finalités que s'est fixée la communauté internationale ? La polysémie des termes, l'incertitude quant à leur contenu ne fait pas débat. Les efforts portent sur leur diffusion.

§ 2. - De la culture des droits à l'exercice de la démocratie

La lutte pour la diffusion des droits de l'enfant est aussi une lutte pour une nouvelle conception du droit. Le droit tel qu'il est généralement pratiqué est considéré par les défenseurs latino-américains des droits de l'enfant comme étant au service de la raison d'Etat. Devant ce constat, l'important est alors de mettre son intelligence et sa science au service de « tout ce qui peut limiter et contrôler le pouvoir de l'Etat¹⁰²¹ ». Mary Beloff fait le parallèle entre la Révolution française¹⁰²² et la révolution apportée par la CIDE. Cette dernière apporte aux enfants ce que la Déclaration de 1989 apporte aux hommes. Le sens de cette grande réforme des droits des enfants est alors « d'apporter la citoyenneté aux deux tiers de la population d'Amérique latine ». Il s'agit en définitive, conclut Beloff, de lutter pour « étendre et consolider nos démocraties encore jeunes ». Sa conférence dont le titre est « abolir le droit que nous avons su obtenir » a été dictée en 1993 soit peu de temps après le processus de ratification de la CIDE en Amérique latine. Les écrits postérieurs de Beloff sont moins radicaux. Toutefois, on retrouve l'axe principal des doctrinaires latino-américains : la CIDE doit servir à la construction d'un Etat de droit. Pour elle, une des caractéristiques de la réforme du droit des enfants est que les jeunes jouissent à présent, (c'est-à-dire avec la CIDE),

¹⁰²¹ M. Beloff, « Niños, jóvenes y sistema penal: abolir el derecho que supimos conseguir », Conférence du cinquième Congrès universitaire latino-américain de droit pénal et de criminologie, Santiago du Chili, mai 1993. (en ligne) www.derechopenal.com.ar 2000.

¹⁰²² García Méndez fera le même rapprochement entre la CIDE et la révolution française, García Méndez (1998), p.27.

en plus de droits particuliers, des mêmes garanties que celles d'un adulte dans un Etat de droit contre l'appareil coercitif de l'Etat¹⁰²³. Le droit tel qu'il est doit être combattu en vue du droit tel qu'il doit être.

Dans cet esprit, la stratégie de l'adéquation a pour objectif de réduire le pouvoir arbitraire de l'appareil d'Etat sur l'enfance. L'idée de démocratisation de l'Etat va de pair avec le nouveau droit de l'enfance chez les doctrinaires. « Les nouvelles lois, affirme García Méndez, sont une condition *sine qua non* de l'amélioration de la condition de l'enfance et surtout de la qualité de notre vie démocratique¹⁰²⁴ ». Le droit, écrit-il dans le même article, doit être compris « comme un instrument pédagogique et une proposition démocratique de transformation sociale ». Il y a sans nul doute, dans les thèses de García Méndez et de Mary Beloff, un pari sur la fonction transformatrice du droit et un pari sur la participation active des enfants. Il s'agit pour eux de projeter dans le droit des enfants un idéal démocratique. L'application réelle des normes sera alors une pierre à la construction et à la consolidation de l'Etat de droit. Il s'agit d'un pari, car rien ne démontre que le droit a eu historiquement une fonction transformatrice. Au contraire serait-on tenté de dire en nous référant à l'exemple latino-américain, le droit, non pas tel qu'on voudrait qu'il soit, mais tel qu'il a été dans l'histoire, a plutôt joué le rôle principal d'instrument de l'Etat pour légitimer son pouvoir et comme rôle secondaire celui d'un instrument régulateur des rapports sociaux. Exprimé d'une autre manière, le droit a régulé les rapports sociaux en faveur de ceux qui ont contribué à le produire. Ce n'est, en Amérique latine, qu'au cours du vingtième siècle bien entamé que l'Etat s'est autolimité par le droit, non plus seulement formellement, mais réellement. Cette métamorphose est semble-t-il loin d'être achevée. De ce point de vue, les efforts pour développer un droit pédagogique qui n'est autre qu'un « droit projectif » comme le définit Etienne Leroy¹⁰²⁵ ont un impact sur la réalité qu'il conviendrait de mesurer. Il s'agira de « construire un devenir (l'utopie possible dont parle García Méndez) en y projetant certains enjeux, dont la démocratie. « Cette conception d'un droit projectif est, naturellement, encore

¹⁰²³ M. Beloff, « Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos », in *Justicia y derechos del niño*, n°3, UNICEF, Santiago, 2001, p. 29.

¹⁰²⁴ García Méndez (1998), p.21.

¹⁰²⁵ E.Le Roy, « L'ordre négocié. A propos d'un concept en émergence », Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, paru dans Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (éditeurs.) *Droit négocié, Droit imposé ?* Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, p. 341 à 351. (en ligne) <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/leroyordrenerg.pdf>

largement en chantier », précise Leroy. Dans ce sens, le travail des doctrinaires latino-américains est intéressant. Il permet de mesurer l'efficacité sur le terrain d'une telle conception du droit. Là réside en partie l'intérêt de l'apport des juristes latino-américains. En revanche anticiper la fonction transformatrice du droit des enfants comme outil principal de rénovation démocratique semble exagéré. En effet, si le droit des enfants a été si rapidement absorbé dans les droits internes, c'est du en partie au fait, comme nous l'avons remarqué, qu'il ne porte pas directement préjudice aux logiques de pouvoir.

Le deuxième aspect de la reconquête de la démocratie par les droits de l'enfant est le pari sur la participation des enfants qui, pétris par leurs droits, seront les vecteurs futurs d'une démocratie consolidée. L'enfant citoyen a un droit de participer à la construction de la démocratie. Son rôle est différent de celui des adultes, mais non moindre¹⁰²⁶. Cette participation à la vie démocratique¹⁰²⁷, pour les doctrinaires, sera pour l'enfant un apprentissage et en même temps une manière de consolider l'Etat de droit.

Section 2. - Etat de droit et Etat libéral

Le débat sur la fonction du droit a lieu dans un contexte où les idées libérales se sont imposées. C'est dire que la redéfinition du droit souhaitée par la doctrine de la protection intégrale s'est effectuée en même temps qu'un retrait progressif de l'Etat protecteur. Ce thème n'est pas traité par les doctrinaires. Cela se traduit pourtant, pour l'enfance, par une diminution des politiques publiques et par l'émergence de nouveaux acteurs qui tentent de les suppléer¹⁰²⁸. Le pari d'un droit utopique s'est produit en même temps que l'affaiblissement de l'Etat supposé le mettre en place.

¹⁰²⁶ A. Baratta, « *Infancia y democracia* », in García Méndez (1998), p. 53.

¹⁰²⁷ K. Shaw, *Los "derechos" y la "libertad": Repensando una retórica hegemónica*, Shine a Light, la red internacional pro niños de la calle, Novembre 2003. De cette idée de la participation a été récemment forgée une troisième doctrine encore marginale : la doctrine de la participation active des enfants (protagonismo). La question de la participation des enfants pour les décisions les concernant est présente dans la CIDE et dans la doctrine de la protection intégrale. Cette nouvelle doctrine prétend aller plus loin. Il s'agit alors de réaliser les droits de l'enfant et non demander à l'Etat leur réalisation. Elle se fonde sur la tradition de l'organisation populaire et provient des groupes organisés d'enfants travailleurs.

¹⁰²⁸ N.Affre, « ONG et régulation étatique en Amérique Centrale », in Deler, Fauré, Piveteau, Roca (1998), p. 651. Nathalie Affre, docteure en sciences politiques, l'illustre en écrivant « Dans les pays latino-américains

§ 1. - CIDE et dérégulation

Dans ce contexte la CIDE porte en elle un nouveau paradoxe. Dans le texte international, l'Etat est un acteur clé du déploiement et du respect des droits de l'enfant. Or, depuis l'avènement du libéralisme dans le continent, l'Etat s'est retiré progressivement de nombreux secteurs. Cette diminution du secteur public a des conséquences directes sur l'enfance et renforce le paradoxe. Comment exiger à l'Etat une protection accrue de l'enfance alors que ses moyens d'action pour le faire sont, par volonté politique, largement amputés ?

A - Retrait de l'Etat : l'exemple argentin

L'Argentine n'est pas le premier pays¹⁰²⁹ à avoir appliqué une politique libérale agressive, mais celui qui l'a fait sans doute de la manière la plus rapide. A partir de 1989, l'Etat argentin a transféré au secteur privé les entreprises de gaz, de pétrole, de télécommunication, d'électricité, de gestion de l'eau, de services sanitaires, de trains, d'aéroports et de ports... La majeure partie de ce programme s'est déroulée en quatre années de 1990 à 1994. Après la crise de décembre 2001, le thème des privatisations est devenu une question idéologique où s'affrontent les partisans d'un Etat fort et ceux d'une régulation par le marché. Au-delà des questions économiques fort débattues, la question idéologique est de notre point de vue le facteur qui contribuera à déterminer le nouveau rôle de l'Etat dans les décennies à venir. Dans le cas argentin, les privatisations se sont faites pour la plupart sans intervention du législateur sauf dans le cas du gaz et de l'eau. Au-delà des privatisations reconnues comme telles, il convient d'ajouter l'emprise progressive du secteur privé sur la santé et de l'éducation, en particulier concernant l'éducation supérieure.

La conséquence factuelle de ces privatisations est la diminution du secteur public de plus en plus incapable de résoudre les défis qu'il s'assigne. La question de l'effectivité des droits de l'enfant en est un bon exemple. Cela se traduit aussi par une emprise amoindrie de l'Etat sur

plus particulièrement, la tendance au gonflement du secteur des ONG et à la rétraction du secteur public a été fortement accentuée par la diffusion des idées néo-libérales ».

¹⁰²⁹ On attribue classiquement au Chili de Pinochet les premières politiques néolibérales dans le continent.

les questions qui étaient de son ressort. Le bilan des privatisations ne peut être que contrasté selon les postulats des évaluateurs. La CEPAL¹⁰³⁰ en fait une analyse modérée en évoquant de bons ou mauvais débuts selon chaque privatisation. Les syndicats, les ONG et en général le mouvement social rendent les privatisations responsables de la crise de l'Etat. De ce point de vue, il est intéressant de s'interroger sur le coût social des privatisations et en particulier si elles ont eu une influence sur les enfants. D'une manière plus générale, l'Argentine, en quarante ans, a vu sa population vivant sous la ligne de pauvreté passer de 10 % du total de la population à 58 % en 2002¹⁰³¹. Pour l'économiste Alfredo Blanco « la conclusion est évidente, les politiques appliquées dans les années quatre-vingt-dix (...) ont produit des niveaux très élevés de chômage, ont rendu les relations de travail précaires, et ont eu un impact négatif sur les situations de pauvreté et sur l'équité dans la distribution du revenu national ». C'est durant cette même décennie que les lois et normes sur les droits des enfants ont vu le jour et ont été considérablement renforcées. Un nouveau théorème s'esquisse : ce que l'Etat n'assume plus par l'économie passe dans le domaine juridique. Le droit à l'éducation est renforcé juridiquement en même temps qu'avance le phénomène de privatisation de l'éducation.

B - Coût social du libéralisme¹⁰³²

Une des conséquences du retrait de l'Etat est la dégradation du service public¹⁰³³. Moins d'argent pour l'école entraîne une hausse du taux d'analphabétisme, moins d'argent pour la santé entraîne l'apparition de maladies que l'on croyait disparues... Pour Pierre Salama « Non seulement les pauvres deviennent un peu plus pauvres, mais les plus pauvres s'appauvrissent

¹⁰³⁰ P. Gerchunoff, E. Greco, D. Bondorevsky, « Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: más de una década de privatizaciones en Argentina, 1990-2002 », Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, *Serie Gestión Pública* n°34, Santiago de Chile, 2003, p. 19 à 38.

¹⁰³¹ A. Blanco, « La decadencia argentina, más pobreza y más desigualdad », en *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, n° 37, 2005. (en ligne): <http://www.eumed.net/coursecon/ecolat/oel37.htm>.

¹⁰³² Voir le coût social du libéralisme, P. Vayssière, *l'Amérique Latine de 1890 à nos jours*, Hachette, Paris, 1996, p. 216 à 218.

¹⁰³³ P. Salama, « De quelques leçons économiques de l'histoire latino-américaine récente », Colloque Libéralisme en Amérique latine, à qui profitent les échecs ? Groupe Regards Critiques, Université de Lausanne, 10-11 mars 1995.

plus vite que les autres pauvres ». Revenant à l'exemple argentin, la presse¹⁰³⁴, en novembre 2002, annonçait que quatre enfants étaient morts de faim dans la province de Tucuman, au nord du pays. La faim touchait un des greniers du monde¹⁰³⁵. Dans un rapport sur les effets sociaux et sanitaires de la crise, l'Organisation Panaméricaine de Santé¹⁰³⁶, qui dépend de l'OMS, dénonce « l'énorme impact de la crise ». Le rapport signale que « neuf millions d'enfants vivent dans la pauvreté. Concernant le grand Buenos Aires, sept enfants sur dix naissent et vivent dans un foyer pauvre ». 20 % des enfants sont directement touchés par des problèmes de dénutrition¹⁰³⁷. Pour l'OPS, qui analyse la période précédente comme un rétrécissement du secteur public et une diminution des budgets en santé¹⁰³⁸, « les effets de la politique économique (...) paraissent avoir eu une forte influence sur la crise (...) ».

Si l'on convient avec Joseph Stiglitz¹⁰³⁹, prix Nobel d'économie, qu'en Argentine, la politique économique libérale a eu un effet désastreux sur les couches les plus pauvres de la population et en particulier sur les enfants. On peut alors avancer la conclusion qu'un libéralisme désordonné, comme ce fut le cas en Argentine, conduit non seulement à un rétrécissement de l'Etat, mais aussi à sa remise en question comme régulateur des rapports sociaux. En effet, atrophié, asphyxié par la dette extérieure, l'Etat argentin ne peut assumer les engagements en matière de santé et éducation qu'il a pris en signant la CIDE. Cette remise en question ne se caractérise pas comme dans les années autoritaires par une persécution des gouvernés, mais par leur abandon. Pour l'ex-président argentin Alfonsín « l'Etat inefficace de jadis est devenu un Etat irresponsable (...), il était peut-être obèse, mais aujourd'hui, il est sans défense¹⁰⁴⁰ ».

¹⁰³⁴ La nouvelle, passée inaperçue dans un premier temps, a été publiée une première fois dans la *Gaceta de Tucuman* le 13 novembre 2002. Elle a été reprise quelques jours après par les média nationaux et internationaux.

¹⁰³⁵ « Comment est-il possible que dans le grenier du monde cent enfants meurent par jour de maladies évitables ? » se demande le journaliste uruguayen Nihil Oliveira. N. Oliveira, *La deuda eterna* (en ligne), 2004. Voir en particulier un dossier sur l'impact de la crise argentine sur les enfants. (en ligne) <http://www.comparte.org/accion/Dossier%20Argentina.pdf>

¹⁰³⁶ J.L. Zeballos, *Argentina: efectos sociosanitarios de la crisis 2001-2003*, Organización Panamericana de la Salud, Buenos Aires, 2003, p. 27.

¹⁰³⁷ Zeballos (2003), p. 47.

¹⁰³⁸ Zeballos (2003), p. 17.

¹⁰³⁹ J. Stiglitz « Argentina, Shortchanged, Why the nation that followed the rules fell to pieces » *Washington Post*, 12 mai 2002.

¹⁰⁴⁰ « Ethique et développement peuvent-ils faire bon ménage ? », *Bulletin du BID*, janvier 2001.

Cette analyse du retrait de l'Etat est historiquement datée. Cela ne retire en rien de sa pertinence.

§ 2. - Redéfinition des acteurs

Au fur et à mesure où se consolidait législativement les droits de l'enfant en Argentine, la politique libérale des gouvernements Menem (1989–1999), entraînait une détérioration notable des conditions de vie des enfants : l'accès et la qualité de l'éducation, l'accès et la qualité des soins que nous avons commentés en sont les exemples les plus marquants. Une des conséquences indirectes du reflux de l'Etat est l'apparition d'acteurs nouveaux qui vont tenter soit de remettre en cause son action par la pression politique, soit de s'y substituer par leur présence sur le terrain.

A - L'Etat et la « société civile »

Le retrait de l'Etat ne signifie pas l'absence de l'Etat. Pour pallier les conséquences directes de la crise économique sur les enfants l'Etat argentin a pris des mesures. Elles sont classiquement associées à celles d'un Etat libéral. Il s'agit, la plupart du temps, de mesures assistentielles à court terme qui consistent à distribuer nourriture et biens de première nécessité. Elles sont également assistentielles à plus long terme. Il s'agira de développer des subsides minimaux pour les indigents¹⁰⁴¹. Ce sera le plan « Travailler » dans le domaine de l'emploi ou le plan « Remédier » dans le domaine de la santé (financé par une reprogrammation d'un prêt du BID). Tous deux ont pour but de pallier à des situations d'urgence : le chômage chronique pour le premier et le manque de médicaments pour le second.¹⁰⁴²

¹⁰⁴¹ Pour le Brésil, les plans 'Bourse Ecole', 'Vale-Gas', 'Bourse Alimentation' et 'Carte Alimentation' ont été réunis sous un seul nom le programme 'Bourse Famille' voir J.F Deluchey, C. Quenan, « Brésil : les défis du président Lula », in Blanquer (dir) 2004, p. 82.

¹⁰⁴² Ces plans, dont les noms changent au gré des gouvernements successifs, datent des années quatre-vingt. P.Vayssière (1996), p. 217. « Pour compenser la disparition de l'Etat-Providence, certains gouvernements ont commencé à mettre en place des plans d'urgence ».

Le deuxième acteur qui a pris un rôle croissant tant en Argentine que sur la scène internationale, c'est le mouvement social, issu du courant altermondialiste, qui se réunit chaque année à Porto Alegre. Composé d'acteurs fort différents, il trouve un consensus dans le rejet du libéralisme, mais peine à définir en quoi « un autre monde est possible ». Près de six cents organisations, syndicats, ONG... à l'invitation du Forum Social Mondial se sont organisés autour de la thématique de la crise en Argentine. Le slogan était en 2002 « Non au néolibéralisme, non à l'ALCA ». Il dénonce les politiques libérales comme injustes et responsables de la détérioration du climat social. Cet acteur privé est composite. Il s'agit d'un côté des ONG ou associations civiles qui ont fleuri dans tous les quartiers pauvres d'Argentine pour subvenir aux besoins directs des habitants, aidées en cela, parfois, par le mouvement humanitaire occidental. De fait, la crise argentine a donné lieu à une effervescence d'actions privées de survie tant dans les quartiers les plus touchés que par les réseaux des émigrants argentins en Europe.

De l'autre côté, le secteur social et éducatif privé a également subi le contrecoup de la crise. Nombre d'enfants de la classe moyenne ont dû se retirer des écoles et des plans de santé privés. Ces acteurs par leur manière de définir leur rôle et par leurs déclarations sont porteurs d'une définition particulière de l'Etat. Jorge Balbis, chercheur au Centre latino-américain d'économie humaine (CLAEH) et participant aux Forum sociaux, le résume en ces termes : « l'irruption d'ONG, d'experts, de bureaucrates, de réseaux locaux et régionaux est loin de résoudre la question de la participation politique et du contrôle des instances de pouvoir »¹⁰⁴³. Cela se traduit alors par un certain désenchantement des latino-Américains devant les démocraties pour lesquelles ils ont tant lutté. « Comment est-il possible, conclut Balbis¹⁰⁴⁴, de construire la démocratie avec une cohérence sociale dans des pays où la pauvreté, la marginalité et l'exclusion s'étendent ? »

¹⁰⁴³ J.Balbis, « ONGs, gobernancia y desarrollo en América latina y el Caribe », *Gestión de las transformaciones sociales, Documentos de debate* n° 53, UNESCO, 2001, p.25.

¹⁰⁴⁴ Balbis (2001), p.42.

B - Nouvelles logiques

Le gouvernement argentin, qui se réclame encore du péronisme, a eu le réflexe salutaire de « reprendre en main » le cours de son histoire. Cela se traduit par des négociations plus radicales avec le FMI entamées par le président Nestor Kirchner, par un travail considérable sur le plan des droits de l'homme en assumant le passé militaire et par une certaine identification avec les revendications populaires devant les multinationales bénéficiaires des privatisations. C'est donc dans un contexte d'une timide réaffirmation de l'Etat en Argentine qu'a été approuvée la loi 26.061 de protection de l'enfance qui était en gestation au Parlement depuis de nombreuses années. L'aggravation des des conditions de vie des enfants, surtout depuis la crise de décembre 2001, la pression constante des ONG spécialisées sur la question de l'enfance, ajouté à l'effort conceptuel des doctrinaires argentins ont mis fin à un chantier qui a débuté avec la ratification de la CIDE par l'Argentine. La nouvelle loi votée le 26 octobre 2005 satisfait aux principales revendications de ses promoteurs dans le sens ou elle est conforme à la législation internationale et aux principes de la CIDE. Son article 2 fait référence à la CIDE et affirme que la Convention est en vigueur sur tout le territoire national. A l'exemple du statut brésilien un conseil fédéral de l'enfance, de l'adolescence et de la famille ainsi qu'un défenseur des droits des enfants sont créés par l'article 45. Comment fonctionneront ces instances, quels seront les financements prévus par le titre V de la loi, en définitive quelle sera l'effectivité de la nouvelle législation argentine ? Il est trop tôt pour le dire. Comme le statut brésilien quinze années avant, la loi argentine marque un nouveau pacte entre l'Etat et l'enfance. Par contraste, un des effets de la crise argentine a été de montrer l'importance justement du rôle de l'Etat dans certaines matières. Malgré les fortes mobilisations de décembre 2001 qui ont fait chuté plusieurs présidents en l'espace de quelques jours, l'Etat, par son intervention, et sous la pression du mouvement social, a pu stabiliser à nouveau le pays. La crise argentine peut être lue, en négatif, comme un redéploiement du rôle de l'Etat. En effet, la logique qui consiste à croire que l'acteur privé peut suppléer la carence de l'Etat est illusoire surtout concernant les questions sociales. Il existe certainement une survalorisation du secteur privé concernant la question de la régulation sociale. Parce qu'il est privé, parce qu'il n'a pas une cohérence en soi et une vision institutionnelle logique, ce secteur ne peut remplacer le rôle de l'Etat. C'est ce qu'affirmait la CIDE en 1989. La nouvelle loi de protection de l'enfance le confirme.

CHAPITRE 2. - L'ETAT DE DROIT A L'EPREUVE DES DROITS DE L'ENFANT

L'exemple argentin, dont la législation était en retard sur la majorité des pays du continent, montre que le défi de la juridicité des droits de l'enfant est en passe d'être gagné. Les critiques concernant le caractère arbitraire ou inique des lois sur l'enfance sont à présent sans objet.

Il est donc indéniable que les droits de l'homme se sont imposés dans les textes. Le défi actuel est celui de la justiciabilité. Il se réalise dans un contexte de danger pour la démocratie en butte à une question sociale presque insoluble. La lutte pour la justiciabilité des droits ne peut progresser substantiellement sans une remise en cause ou un aménagement du postulat libéral.

Section 1. - Le défi de la justiciabilité

La question de la justiciabilité se pose avec acuité pour les droits sociaux. Droits positifs, ils sont difficilement exigibles. Ils courent le risque de se limiter à leur formalisme. Pour cette raison, les conditions de leur effectivité sont de plus en plus détaillées et monopolisent le débat. Les droits des enfants ont bien investi le panorama juridique, mais ils s'appliquent mal.

§ 1. - Etat de droit et juridicité

Le principe qui consiste à soumettre l'Etat au droit s'est imposé pour les premiers constituants latino-américains. C'est la pratique qui a posé problème. Rapporté aux droits des enfants, l'exercice quotidien de la justice a peu évolué. Le véritable changement est de l'ordre du discours et des législations en vigueur.

A - Le pari de la juridicité

Se référer à la notion d'Etat de droit c'est faire appel à un corps de principes : procès équitable, respect du droit de la défense, réparation des violations, prééminence du droit. Les notions de démocratie, de droits de l'homme et d'Etat de droit sont, pour Jacques-Yvan Morin,¹⁰⁴⁵ si étroitement liées qu'il s'agit d'une « sorte de trépied (...) sur lequel repose la justice et la stabilité de l'Etat. Doit régner, poursuit Morin, la juridicité des droits et leur justiciabilité. Historiquement, les Etats d'Amérique latine s'affirment comme étant des Etats de droit. Dans son célèbre discours d'Angostura, Bolivar énonce le principe de la soumission au droit comme un tout cohérent guidé par le bien commun : « qui peut résister à l'amour qu'inspire un gouvernement intelligent qui relie en même temps les droits particuliers aux droits généraux qui fait de la volonté commune la loi suprême de la volonté individuelle¹⁰⁴⁶ » ? Les deux cents ans d'histoire des Amériques indépendantes montrent que la notion a souvent été mise à mal par des Etats policiers où pouvoir législatif et pouvoir exécutif ne faisaient qu'un, où les droits de l'homme étaient violés constamment. Malgré cela, les principes de l'Etat de droit ont également été constamment réaffirmés. Ils ont même été réaffirmés par les dictateurs eux même. L'article premier de la Constitution chilienne de 1980, promulgué après sept ans d'une dictature militaire qui allait durer seize ans, stipule que « les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droit ». On retrouve par ailleurs dans cette constitution les principaux éléments de l'Etat de droit. De fait, l'ensemble des constitutions latino-américaines se réclament de l'Etat de droit. Ce n'est pas donc dans les textes qu'il faut rechercher les limites de l'Etat de droit en Amérique latine. La perfection de la loi a souvent été utilisée comme paravent contre les abus. Les textes expriment une volonté qui s'est rarement vérifiée dans la pratique. Il y a un goût du texte, un art de la technique propre à l'homme de loi latino-américain. Le droit est prestigieux et les hommes de loi ne le sont pas moins. De ce point de vue, la juridicité ne pose donc pas problème malgré les débats qu'elle suscite. Ce qui a fait défaut en Amérique latine est la justiciabilité. La priorité donnée à l'adéquation juridique de la CIDE aux droits internes, l'absence presque totale de référence aux conditions de vie des enfants par les doctrinaires de la protection intégrale témoignent

¹⁰⁴⁵ J.Y Morin, « Les composantes essentielles de l'Etat de droit », *Problèmes politiques et sociaux*, L'Etat de droit, La documentation française, Paris, mars 2004, p. 76.

¹⁰⁴⁶ S. Bolivar, *Discours d'Angostura*, 1819.

dans le champ particulier du droit des enfants de la primauté de la juridicité. A elle seule, elle occupe la scène juridique.

B - La difficulté de la justiciabilité

Le hiatus entre la juridicité et la justiciabilité se retrouve dans la CIDE. L'élaboration rapide et intense de textes protégeant les droits de l'enfant ne nous dit pas s'ils sont réellement protégés. La Convention internationale, d'un point de vue juridique, est un progrès incontestable pour l'intégration théorique des enfants dans l'Etat de droit. L'ensemble des principes qui la composent cadre avec ceux de l'Etat de droit. Des progrès indéniables ont été réalisés pour la justiciabilité des droits des enfants. Concernant le droit de la famille ou le droit pénal juvénile, les décisions des tribunaux se fondent de plus en plus sur la CIDE et sur les lois qui s'en inspirent. Ils utilisent le critère de l'intérêt des enfants comme critère décisionnel. La question demeure ouverte pour les droits économiques, sociaux et culturels qui sont plus difficilement « justiciables ».

Actuellement, c'est par « l'action de tutelle » que ce type de droit a pu prospérer auprès des tribunaux. De nombreux exemples de jurisprudence l'attestent comme celui du respect du droit à l'éducation des adolescentes enceintes. Le cas d'une adolescente de dix-sept ans du collège de Santa Isabel dans la province de Formosa en Argentine est un bon exemple. Enceinte, elle a été expulsée du collège. A la suite d'un recours de tutelle présenté par les parents de la jeune fille, le ministère de l'Education de Formosa a obligé les autorités du collège à réintégrer l'adolescente. Le collège a refusé. Faisant droit au recours des parents, le tribunal suprême de justice a ordonné la réincorporation de l'adolescente. Devant le recours du collège religieux, la Cour suprême fonde sa décision¹⁰⁴⁷ sur l'article 28.2 de la CIDE. Elle précise la hiérarchie constitutionnelle de la Convention. Elle reconnaît qu'il peut y avoir un conflit de droit entre la liberté d'enseigner et le principe de non-discrimination de la CIDE. « Devant le conflit de droits, le fait d'annuler des normes constitutionnelles par rapport à d'autres ne peut être considéré comme valide ». Il faut interpréter la Constitution comme un tout harmonieux. L'intérêt de l'enfant doit prévaloir.

¹⁰⁴⁷ Cour suprême de justice de la Nation, *Alloi, José Luis y otra s/ solicitud de intervencion*, 19 décembre 2000.

Quelques jours après, et à la suite de la polémique nationale suscitée par ce cas¹⁰⁴⁸, la députée Adriana Puigross a présenté un projet de loi pour éviter que ce type de cas ne se reproduise. Victoire de la justiciabilité du droit à l'éducation ? Cela ne fait pas de doute en l'espèce. Il convient toutefois de noter que le même outil légal, l'action de tutelle, a été utilisé, dans ce cas, par des parents contre la décision du ministère de l'Education pour « sauvegarder l'intégrité morale » et préserver « l'idéal institutionnel » de leurs filles obligées de côtoyer une camarade enceinte. Ce type d'expulsion n'a pas cours dans les écoles publiques. Cela signifie que le droit à l'éducation pour les élèves enceintes est mieux garanti dans les écoles publiques ? Il est davantage problématique, de ce point de vue, dans les écoles religieuses. En 2002 le Congrès, par la loi nationale 25584 a interdit à tous les établissements d'éducation publique d'entraver la scolarité d'élèves enceintes. Si le cas de l'élève du collège religieux de Santa Isabel montre les progrès de la justiciabilité, il montre que l'égalité devant la loi et l'accès à la justiciabilité passe d'abord par l'interprétation des droits économiques et sociaux. Cette question n'a pas échappé à Katarina Tomasevski, rapporteuse spéciale des Nations Unies et auteur d'un rapport sur la question¹⁰⁴⁹. Elle met en évidence le caractère massif des grossesses des adolescentes dans le monde. Pour l'Amérique latine, le nombre de naissances pour mille adolescentes (entre quinze à dix-neuf ans) est de plus de cent au Guatemala, au Honduras et au Nicaragua et se situe entre cinquante et cent pour l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Costa Rica, la Colombie, Cuba, la République Dominicaine, l'Equateur, le Salvador, Haïti, le Mexique, Panama, le Paraguay et le Pérou¹⁰⁵⁰. Elle précise¹⁰⁵¹ que « des attitudes divergentes à l'égard des enfants sont masquées par l'apparente acceptation, quasi universelle, de la Convention relative aux droits de l'enfant (...) Entre ceux qui exigent que soit dispensée aux enfants une éducation sexuelle considérée comme un droit et ceux qui la refusent au nom du droit des parents, il y a un abîme qui donne une idée de l'ampleur du problème. Dans ce débat, les tenants des deux extrêmes utilisent le langage des droits de l'homme pour faire valoir leur point de vue ».

¹⁰⁴⁸ M. Carvajal, « La cruzada contra una adolescente », *Página 12*, 15 avril 2000, et « El caso que derivó en una ley », *El Clarín*, 26 juin 2002.

¹⁰⁴⁹ K. Tomasevski, « Droits économiques, sociaux et culturels : Le droit à l'éducation », Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2004/45, Soixantième session, 15 janvier 2004.

¹⁰⁵⁰ Tomasevski (2004), p. 19. Tableau « Maternité chez les adolescentes : nombre de naissances pour 1 000 filles âgées de 15 à 19 ans ».

¹⁰⁵¹ Tomasevski (2004), p. 17.

Il y a donc une difficulté claire d'interprétation d'où l'effort des Nations Unies pour préciser les droits économiques et sociaux. Une fois cet obstacle surmonté se pose la question de la justiciabilité de ces droits.

§ 2. - Buts apparents et fonction réelle

C'est bien par l'analyse de la jurisprudence que l'on peut mesurer le degré de justiciabilité de la Convention, même si la résolution d'un cas n'implique pas la solution à un problème de société, en l'espèce, l'accès à l'école des jeunes filles enceintes. Or, une des limites importantes au travail de la doctrine est qu'elle se concentre sur la question de la juridicité des droits de l'enfant pour élaborer un projet démocratique. La mesure de la démocratie n'est pas seulement la qualité des lois, mais l'efficacité de leur application. De ce point de vue, la CIDE a un impact réel.

A - Les effets induits de la juridicité

Pour les doctrinaires, la CIDE est présentée comme la seule voie possible pour le développement des droits de l'enfant. García Méndez, dénonçant la législation antérieure, met en évidence un double objectif : d'une part un meilleur traitement pour les enfants et d'autre part la possibilité de fortifier la démocratie par la promotion des droits de l'enfant. Dans la mesure où l'enfant devient sujet, il doit être traité comme tel. De ce point de vue, la CIDE réintègre l'enfant d'une part dans le droit, c'est le principe de légalité et d'autre part lui octroie une protection spéciale en raison de ses caractéristiques. Si elle est appliquée, la CIDE et les instruments juridiques qui ont suivi remplissent le premier objectif des doctrinaires. Les abus contre les enfants, outre l'émotion qu'ils suscitent, trouvent donc dans les principes de la CIDE un substrat juridique apte à rationaliser et à canaliser l'émotion.

Le second objectif, maintes fois exprimé, dans la littérature sur les droits de l'enfant, consiste à fortifier la démocratie par le respect des droits de l'enfant de la part des adultes et par l'apprentissage des droits par les enfants eux-mêmes.

Il y a là une nouvelle vision du politique qui consiste en l'utilisation d'un angle particulier (le droit des enfants) comme solution pour une question plus globale (la démocratie). Les droits de l'enfant sont utilisés comme outil pour fortifier la démocratie et comme garants de sa permanence. L'hypothèse est que l'utilisation de cet angle particulier fonctionne tant qu'il reste cantonné dans le discours, dans les textes ou dans les promesses.

En revanche, dès qu'un intérêt politique entre en jeu, il prend le pas sur les droits des enfants. Le cas particulier de la jurisprudence guatémaltèque l'illustre¹⁰⁵² et plus largement le cas des maras.

Le professeur Daniel Pecaut¹⁰⁵³ a souligné d'une manière provocatrice, mais non dénuée d'intérêt, que le droit avait souvent une fonction décorative devant les logiques de pouvoir. Il y a dans l'utilisation de ce que nous avons appelé un angle particulier – en l'espèce les enfants – un effet pervers qui est de supposer que la promotion de leurs droits entraînerait *ipso facto* un supplément de démocratie. En effet, cette « stratégie démocratique » est également utilisée pour d'autres groupes particuliers : les indigènes, les femmes, les personnes handicapées. Chacun voit la construction de la démocratie à partir du respect de ses propres droits. Le postulat est alors : ce qui est bien pour les enfants, pour les femmes, pour les indigènes est bon pour la démocratie. Il aboutit à la multiplication de droits particuliers qui peuvent se révéler être une entrave au droit général pour les raisons que nous avons déjà signalé. Le fait de vouloir compenser les inégalités réelles de chaque groupe humain est une démarche qui répond certainement à un idéal de démocratie. Toutefois, en forçant l'analyse, le risque existe que chaque groupe devienne suspect vis-à-vis de l'autre : droits de l'enfant contre les droits des femmes par exemple. D'autre part, ces idéaux particuliers ne peuvent se réaliser qu'au détriment d'un idéal commun à l'espèce humaine : s'opposent alors les droits individuels aux droits de la collectivité. Ajoutons que la définition des groupes dignes d'avoir des droits ne va pas de soi. La catégorie enfant est elle-même subdivisée en bébés, enfants et adolescents qui eux même connaissent d'autres subdivisions par tranche d'âge. On parle actuellement des droits de l'enfant à naître, des droits de l'adolescent, des droits des jeunes... aboutissant ainsi à une sorte de corporatisme des droits de l'homme ou les groupes de pression et les responsables politiques choisissent leur terrain d'action en privilégiant tel ou tel groupe, selon

¹⁰⁵² Voir page 135.

¹⁰⁵³ D. Pecaut, « Crisis y Construcción de lo público », V Encuentro Iberoamericano del Tercer Sector, Lo público. Una pregunta desde la sociedad civil, Colombia, 2001. (en ligne) <http://www.colombiatercersector.org>.

ses affinités, convictions ou objectifs. Les enfants n'étant pas électeurs, il n'est pas certain, une fois de plus, qu'ils sortent privilégiés dans ces probables confrontations. Il y a là une manière de repenser le politique à partir d'une catégorie précise d'individus qui est en soi une contradiction ou une démission du politique. Ce phénomène aboutit inexorablement à un étiolement des droits ou à une confusion des droits. Toute opposition à l'expression de ces droits est aussitôt interprétée comme un retour à l'autoritarisme abhorré. En conséquence, le spectre de l'autoritarisme est constamment agité par les doctrinaires de la protection intégrale. Les substances de droit ancien sont traquées et suffisent parfois aux doctrinaires pour disqualifier l'ensemble d'un droit qualifié alors « d'ancien régime ».

Ce débat est élaboré à partir de la juridicité des droits. Il aboutit à la constitution bien réelle de « groupes juridiques » nantis de droits. L'obsession de la juridicité porte en elle deux écueils. D'une part, elle fige le droit et d'autre part, elle ne propose pas une vision harmonieuse d'une vie collective fondée sur le droit. Dans ce sens, il y a un risque de communautarisme juridique, indépendamment de l'application ou non des droits reconnus.

B - Impact réel de la CIDE

Outre ses effets induits que nous venons de suggérer, la CIDE a bien un impact réel sur la situation des enfants. Avec elle, la considération juridique des enfants s'est trouvée considérablement modifiée. L'évolution rapide du droit de la famille, tant en Europe qu'en Amérique latine, illustre l'impact des droits des enfants dont l'une des conséquences la plus évidente est la remise en cause du pouvoir patriarcal dans la famille¹⁰⁵⁴. Les principes de liberté (conditionnée¹⁰⁵⁵) et d'égalité (relative¹⁰⁵⁶) ont largement influencé cette mutation. Les facteurs qui ont conduit à l'ébranlement du pouvoir du père au sein des familles latino-américaines sont nombreux. La CIDE et la doctrine de la protection intégrale ont certainement contribué à une redéfinition du rôle potentiel de l'enfant au sein de la société. Il n'existe pas

¹⁰⁵⁴ I. Arriagada, « Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas », *Revista de la CEPAL* n°77, août 2002, p. 147.

¹⁰⁵⁵ L'obligation d'aller à l'école renforcée par le droit à l'éducation limite la liberté de la famille.

¹⁰⁵⁶ L'enfant né d'un inceste, dans de nombreuses législations, n'a pas de filiation reconnue.

de Convention internationale sur les droits de la famille¹⁰⁵⁷ et paradoxalement c'est dans la CIDE que l'on retrouve le plus de référence à la famille. En consacrant l'enfant comme sujet de droit, la CIDE reconnaît dans le même mouvement le rôle primordial de la famille¹⁰⁵⁸. Le nouveau rôle de l'enfant se définit en même temps qu'une redécouverte de la famille et de sa fonction importante pour le bien-être collectif¹⁰⁵⁹. Deux pays latino-américains (le Salvador et le Panama) ont adopté de nouveaux codes de la famille. D'autres ont réformé les codes existants. Tous s'inspirent de la doctrine de la protection intégrale. Les pays qui n'ont pas encore fait de réformes importantes sont peu nombreux. Daniel O'Donnell¹⁰⁶⁰ dans une conférence particulièrement détaillée sur les conséquences de la CIDE sur le droit de la famille relève onze domaines du droit de la famille où l'influence de la CIDE a été déterminante. Il a connu de profondes mutations depuis 1989 dans des domaines tels que : l'égalité des droits et devoirs des parents, l'égalité des enfants, le droit à la protection des enfants en cas de maltraitance, le droit de l'enfant à être écouté, la reconnaissance de paternité... En gagnant des droits, l'enfant a pris du pouvoir. Les rapports autoritaires qui régissaient la famille glissent vers des rapports de négociation où l'avis de l'enfant est de plus en plus pris en compte.

La reconnaissance juridique de l'enfant excède les limites du droit de la famille. Elle s'étend à la société et s'exprime par exemple par les organisations d'enfants travailleurs, par l'existence et le poids croissant des associations d'élèves dans les écoles publiques et dans une moindre mesure par la présence d'adolescents dans les partis politiques ou les organisations liées à l'église. Pourtant, Daniel O'Donnell conclut son exposé par ces mots en reconnaissant « l'efficacité limitée des nouvelles lois sur l'enfance ». L'impact de ces lois est à mesurer au-delà du texte : il s'agit du « progrès d'une nouvelle vision de l'enfant comme acteur social ¹⁰⁶¹ ».

¹⁰⁵⁷ Seul le Vatican a produit en 1983 une déclaration sur les droits de la famille.

¹⁰⁵⁸ Articles 7, 8, 9, 11, 18 et 24 de la CIDE.

¹⁰⁵⁹ B. Kliksberg, *Document d'appui à l'exposition de l'auteur sur « Evolucion de la relacion del niño, la niña y el adolescente con la familia*, XIXème Congrès panaméricain de l'enfant, Mexico, 27-29 octobre 2004. (en ligne)
http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Ponencia_Conferencistas/Bernardo_Kliksberg/Ponencia_Bernardo_Kliksberg.doc.

¹⁰⁶⁰ O'Donnell (2004), p. 30 à 31.

¹⁰⁶¹ O'Donnell (2004), p. 35.

Peut-on espérer, comme les experts de l'UNICEF, que ce « nouvel acteur social » puisse jouer un rôle dans la consolidation de la démocratie ? L'influence de la CIDE sur le plan juridique ne peut être niée. La refonte des droits de la famille lui doit beaucoup. De la démocratie dans la famille, les promoteurs de la protection intégrale espèrent aboutir à plus de démocratie dans l'Etat.

Section 2. - Les droits de l'enfant dans l'Etat de droit

Le débat sur la justiciabilité des droits de l'enfant se déroule dans un contexte de mutation de l'Etat de droit. Faisant écho à l'adéquation juridique exigée par ses défenseurs, les législateurs latino-américains n'ont eu de cesse de rechercher une cohérence juridique ordonnée autour du texte international. Cet objectif partagé tend à renforcer l'Etat de droit de plus en plus insaisissable.

Les droits de l'enfant sont nés dans le contexte de la démocratisation du continent. Ainsi, les nouveaux gouvernements commencèrent leurs mandats avec un passif contracté par leurs prédécesseurs concernant les droits de l'homme. Ce passif est composé des violations directes des droits politiques et d'un déficit de démocratie. Cette conjoncture particulière a permis aux droits des enfants, entre autres, de s'exprimer complètement sans donner lieu à un débat contradictoire, propre aux démocraties. S'il s'agit de droits de l'homme, on ne peut le discuter.

§ 1. - Consolidation réelle de l'Etat de droit ?

La reconstruction de la démocratie en Amérique latine, plurielle et contrastée, a fait du thème de la consolidation démocratique un sujet d'étude. La garantie des droits prend des formes nouvelles destinées à « ancrer » la démocratie. C'est un défi dans le continent le plus inégalitaire de la planète dont l'enjeu est la réduction du fossé entre la proclamation de droits

et l'effectivité de la protection. Ces inégalités contribuent pour certains au « collapse de l'Etat de droit dans la région¹⁰⁶² ».

A - Ancrage de la démocratie et droits de l'enfant

Eviter le retour des régimes autoritaires, mortifères pour les droits de l'homme, est un facteur clé de la réflexion sur l'Etat de droit en Amérique latine. Cette préoccupation s'est traduite concrètement par le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire, et d'une manière plus large par le renforcement de l'ensemble des contre-pouvoirs, directement du fait de l'Etat par le développement du contrôle de constitutionnalité ou indirectement comme le développement de la liberté de la presse par exemple. Le thème de la consolidation de la démocratie est partagé par l'ensemble des pays de l'OEA¹⁰⁶³. Cet effort se heurte à un écueil : une tradition constitutionnelle en porte à faux avec la logique du pouvoir.

Pierre Chaunu écrit de manière lapidaire que « les garanties constitutionnelles ne trouvent pas un fondement solide dans les structures sociales qui sont telles que les avaient livrés le passé colonial¹⁰⁶⁴ ». L'historien constate « qu'une ère d'anarchie et de dictature alternée précède toujours (...) l'avènement d'un régime constitutionnel¹⁰⁶⁵ ». Cet appareillage juridique « masque la vérité », car « les hommes comptent plus que les institutions¹⁰⁶⁶ ». Le constat de l'historien français est partagé. « On observe avec crudité l'abîme existant entre le droit des livres et la praxis sociale » écrit Maria Luisa Bartolomei¹⁰⁶⁷, spécialiste des droits de l'homme à l'Université de Lund en Suède. Elle justifie ce constat en signalant que si les Créoles, entraînés par Bolivar, se sont réclamés des Déclarations française et américaine, en réalité, le passage de la colonie aux indépendances n'a rien changé dans les structures sociales. Les

¹⁰⁶² M.L. Bartolomei, « La implementación del convenio sobre los derechos del niño », Instituto Internacional de Sociología Jurídica, *Acte du Congrès*, Oñate, Espagne, 1999.

¹⁰⁶³ Cuba a été exclue de l'OEA en 1962.

¹⁰⁶⁴ P. Chaunu, *Histoire de l'Amérique Latine*, Que sais Je, PUF, 15ème édition, 2004, p. 85 à 86.

¹⁰⁶⁵ Chaunu (2004), p. 86.

¹⁰⁶⁶ Chaunu (2004), p. 85.

¹⁰⁶⁷ M.L. Bartolomei, « Diversidad en la conceptualización de los derechos humanos: diversidad cultural en América Latina », *El otro derecho* volume 19, ILSA, Bogotá, octobre 1995.

idées libertaires n'ont été, pour la juriste, qu'un instrument pour justifier le mouvement d'indépendance. Pour elle, faisant allusion aux travaux du philosophe péruvien Miro Quesada, le christianisme a apporté dans le continent latino-américain l'esclavage et les droits de l'homme la dictature. L'habillage juridique aurait donc été une constante dans la vie publique latino-américaine. En ce sens, l'histoire réelle des droits de l'homme en Amérique latine n'est pas celle des textes, mais des faits de résistances aux pouvoirs. C'est la thèse de l'avocat argentin Eugenio Zaffaroni qu'il exprime par ces mots : « nous ne reconnaissons pas par « histoire des droits de l'homme » l'addition et le récit de la consécration positive dans des constitutions, lois et traités (...), mais le récit chronologique de faits humains¹⁰⁶⁸ »

Les exemples actuels de la Bolivie, de l'Equateur, de la Colombie également mettent en évidence à des degrés différents cette ère d'anarchie. Elle se caractérise par l'opposition historique entre des textes et les logiques de pouvoirs. Les exemples du Venezuela, du Brésil également sont éloquents sur l'importance de l'homme qui dirige duquel des solutions durables sont attendues. Ces constatations faites, Chaunu, se référant à l'idéal de l'intégration latino-américaine, pouvait écrire dans le même chapitre : « il n'est pas un continent (...) qui ait étudié avec autant de passion les questions de droit international¹⁰⁶⁹ ». Les structures sociales évoquées par l'historien continuent d'être inégalitaires. Le constat est indiscutable. Enrique Iglesias, alors président de la Banque interaméricaine de développement, signalait en 2001 que « les statistiques sur la répartition des richesses montrent que l'Amérique latine est la région du monde la plus inégalitaire¹⁰⁷⁰ ». L'inégalité est, en Amérique latine, masquée par les textes prônant l'égalité. Cette mystification rend particulièrement périlleux le discours théorique sur les droits de l'homme et sur les droits de l'enfant. L'ancrage des démocraties ne s'est pas fait par des textes. L'exemple des droits de l'enfant met aussi en évidence cette passion du droit international. En paraphrasant Pierre Chaunu, nous pouvons dire qu'il n'est pas un continent qui ait étudié avec autant de passion les questions du droit de l'enfant. Pourtant, la conférence de la Banque Interaméricaine de Développement sur l'Ethique et le développement reconnaît par la voix de Bernardo Kliksberg, coordonnateur de l'Institut

¹⁰⁶⁸ E. R. Zaffaroni, « La historia de los derechos humanos en América Latina », in Leticia Olguin (coord) Educacion y derechos humanos, *Papeles politicos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1989, p. 21.

¹⁰⁶⁹ Chaunu (2004), p. 98.

¹⁰⁷⁰ « Ethique et développement peuvent-ils faire bon ménage ? », *Bulletin du BID*, janvier 2001.

Interaméricain de développement social de la BID, que 36 % des enfants de moins de deux ans souffraient de malnutrition ». Le président de la BID concluait la conférence par ces mots : « la conférence avait pour but non pas d'apporter des solutions puisque nous n'en avons pas¹⁰⁷¹, mais de susciter et de légitimer un débat d'idées ». Voir dans la CIDE une solution aux problèmes des enfants revient à voir dans les constitutions la solution à la question de la démocratie. Toute amélioration de la situation des enfants doit se fonder sur leurs conditions de vie avant de s'intéresser à leurs droits. Alors ils peuvent rejoindre le fait et non l'inverse.

B - L'urgence de l'effectivité

Insister trop sur le droit peut se révéler à long terme une erreur stratégique. Concernant les droits de l'enfant, les Etats démocratiques ne peuvent que les accueillir. Comment serait considéré un Etat qui ferait preuve de réticences à les promouvoir ? Toutefois, les Etats ne seront pas jugés sur la qualité de leurs législations, mais sur la qualité de la protection réelle dont bénéficient les enfants. C'est dans ce sens que l'ancrage démocratique par la culture du droit trouve sa limite. En effet, si les constructions intellectuelles séduisent – qui peut être contre une culture des droits —, elles risquent de ne pas résister à l'épreuve du temps. De ce point de vue, l'effet prévisible de la diffusion des droits de l'enfant est l'enracinement d'une culture de droits. Les enfants apprennent leurs droits et mesurent le fossé existant entre la réalité et ce à quoi ils sont en droit d'aspirer. Là sans doute réside le cycle évoqué par Chaunu c'est-à-dire l'alternance entre anarchie, dictature et démocratie. La prise de conscience d'un droit conduit irrémédiablement à un état de rébellion devant sa violation. Cette interprétation est défendable lorsque l'on reprend, pour l'illustrer, le phénomène des maras non sous l'angle de la dangerosité potentielle du groupe, mais sous celui de la modalité d'expression des jeunes engagés dans ces mouvements. La démocratie favorise l'expression des droits des jeunes tout en rendant leur réalisation presque impossible. La conséquence est la naissance de groupes identitaires, repliés sur eux même qui devant la démission du politique, s'engouffrent dans la brèche ouverte par le droit.

¹⁰⁷¹ Souligné par l'auteur.

tel-00089974, version 1 - 25 Aug 2006

Afin d'éviter le dilemme entre la démocratie et le bien-être, fusse au prix d'un régime autoritaire, le débat doit s'orienter non plus sur la diffusion de la culture du droit comme solution possible aux inégalités, mais sur la solution des inégalités. Dans un document du PNUD, Oswaldo Hurtado, expert de la CEPAL, résume la question en écrivant : « le plus grand défi de la démocratie latino-américaine est d'ajouter à la légitimité juridique qu'elle possède, la légitimité sociale de la gouvernance, de la démocratie et de la pauvreté qui lui fait défaut¹⁰⁷² ». La culture du droit est indissociable des progrès de la démocratie en terme de diminution des inégalités. Sur les questions de la pauvreté, Hurtado le formule de cette manière : « Quand la démocratie sera capable de produire des résultats concrets et tangibles dans les camps économique et social, en plus de garantir la liberté et les droits de l'homme (...) ses institutions se consolideront dans la conscience collective et ses valeurs feront partie de la culture latino-américaine ». C'est bien sur le terrain du fait et non du droit que sont évaluées, par leurs concitoyens, les démocraties latino-américaines. Ce n'est pas la voie choisie par les doctrinaires.

§ 2. - Consolidation formelle de l'Etat de droit ?

Le postulat des doctrinaires est que l'effectivité sera réelle dans la mesure où il existera une cohérence juridique, avec la CIDE comme pierre d'angle. En faisant des droits de l'enfant un outil majeur d'une démocratie à venir, ils surévaluent largement leur capacité à redéfinir les limites de l'Etat. En effet, l'Etat de droit a besoin d'une cohérence institutionnelle qui s'exprime par une homogénéité d'ensemble. Sans elle, le droit perd un important point d'ancrage. Or, les développements récents des droits de l'homme ne contribuent pas toujours cette cohérence.

¹⁰⁷² O. Hurtado, *Gobernabilidad, democracia y pobreza Estrategias para reducir la pobreza en América Latina y el Caribe*, PNUD, chapitre 8, p. 3.

A - Croyance dans le pouvoir des droits de l'enfant

Le principe démocratique est un acquis du constitutionnalisme de la région. « C'est sa mise en œuvre qui a posé plus de problèmes que sa légitimité¹⁰⁷³ ». C'est pourtant la question de la légitimité qui est sans cesse posée. Le discours sur les droits de l'enfant en est un bon exemple. L'effort intellectuel des doctrinaires va dans le sens de la perfection de la construction juridique et de la logique juridique des droits de l'enfant dans l'Etat de droit. De pair avec l'inflation de textes que nous avons évoqué, il y a une constante recherche de cohérence juridique entre les règles nouvelles et l'idéal démocratique révélé par les constitutions. Cela aboutit à la construction d'une doctrine dont la principale vertu est justement d'être un système de pensée cohérent, à première vue infaillible. La doctrine consacre la légitimité du droit et sa toute-puissance théorique. De là naît une vision presque magique du droit destiné à résoudre d'importantes problématiques, en l'espèce celles des enfants. Devant le fait moqueur, c'est-à-dire la condition réelle des enfants, il s'agira de perfectionner davantage le droit plutôt que de travailler sur le fait et surtout sur les causes qui l'établisse. La primauté du droit ne doit pas être comprise comme une hypocrisie c'est-à-dire comme une recherche théorique, « chimiquement pure », qui dédaigne le fait. La motivation est autre. Elle réside dans la croyance dans le pouvoir des droits de l'homme. S'ils ne s'imposent pas, c'est qu'ils ne sont pas suffisamment élaborés. La réflexion doit alors porter en premier lieu sur des questions théoriques : la législation est-elle en phase avec les changements politiques et sociaux ? Comme elle ne l'est pas, le manque d'actualisation empêche une politique publique cohérente. En deuxième lieu, l'effort doit porter sur l'aspect technique : il s'agit ici la finalité de la loi avec les autres instruments en vigueur et également de rendre cohérent les objectifs fixés par la loi avec le budget de la Nation. Enfin, en troisième lieu, se pose la question méthodologique qui consiste à travailler sur la rédaction de la loi afin d'éviter imprécision et incohérence. Partant du texte international comme norme constitutive de leur doctrine, les juristes vont traquer dans les législations et dans les décisions des tribunaux les entraves à la cohérence juridique dont la CIDE est la pierre d'angle. Pour cela, ils se référeront tant au critère théorique qu'aux aspects techniques. Seule la question budgétaire est rarement abordée. C'est un des points d'achoppement de la doctrine. Le

¹⁰⁷³ Blanquer (2001), p. 37.

deuxième est que l'objectif poursuivi d'un tout cohérent concernant les droits de l'enfant ne signifie pas que ce système s'inscrit dans une cohérence d'ensemble. Enfin, la recherche de cohérence s'exerce au sein de la conception de l'Etat de droit à partir de la problématique des droits de l'homme. Il ne s'agit pas de substituer un nouveau modèle, mais d'interpréter le modèle existant comme sa cohérence dépendait de son ancrage dans la philosophie des droits de l'homme.

B - Un pouvoir surévalué ?

Faire des droits de l'enfant un axe de redéfinition de l'Etat est une démarche qui s'inscrit dans un courant majoritaire de promotion des droits de l'homme. Il prétend faire d'eux « l'âme de toute politique¹⁰⁷⁴ ». Le philosophe Marcel Gauchet a dénoncé cette prééminence des droits de l'homme dans un article devenu célèbre¹⁰⁷⁵. Vingt ans après, il réécrit que « constituer les droits de l'homme en une politique, c'était se promettre à l'impuissance collective »¹⁰⁷⁶. Il montre la puissance idéologique des droits de l'homme qui progressivement deviennent « la boussole de l'action historique ». « Le droit, sous l'aspect des droits de l'homme, poursuit Gauchet¹⁰⁷⁷ s'érige en vérité exclusive de la démocratie ». Mais, et là porte sa principale critique, ils n'offrent pas de moyens pour changer l'état des choses et « disqualifient l'idée même de chercher des explications ». A la lecture du philosophe, on saisit alors pourquoi les doctrinaires latino-américains ferment d'emblée la discussion sur les fondements des droits de l'enfant et se réfugient derrière la pensée politique de Bobbio¹⁰⁷⁸ pour mettre fin à tout débat. Plus généralement le « vivre ensemble » qui a pour objectif de rassembler les groupes et les individus autour d'un projet commun ne peut se satisfaire d'une vision exclusivement fondée sur la protection des droits des groupes et des individus. Cette vision ne nous dit rien sur la

¹⁰⁷⁴ L'expression est de Marcel Gauchet.

¹⁰⁷⁵ M. Gauchet, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, juillet-août, 1980, p. 3 à 21.

¹⁰⁷⁶ M Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, n° 110, mai-août 2000, p. 260.

¹⁰⁷⁷ Gauchet (2000), p. 273.

¹⁰⁷⁸ Voir page 314.

manière de procéder. En cela, et contrairement à ce qu'invoquent ses promoteurs en Amérique Latine, nous pouvons paraphraser Gauchet sans risque de nous tromper : « les droits de l'enfant ne sont pas une politique ». En tentant de l'être, ils occultent, paradoxalement le débat politique en le réduisant à la recherche de l'adéquation improbable entre les droits de l'homme au droit et celle, plus difficile encore, entre le fait et les droits de l'homme, source de contestation permanente. Le primat de l'émotion, de l'hypersensibilité encadrée par le droit non seulement n'est pas une politique mais conduit à un retrait du Politique.

Il faut ajouter à cela un débat relativement nouveau : la mutation de l'Etat de droit à la société de droits. Au moment où l'effort de cohérence juridique est pratiquement couronné de succès, l'axe autour duquel elle se développe – l'Etat – se décentre. Dans les faits l'Etat n'est plus le seul acteur responsable de satisfaire les droits, même si l'on exige de lui qu'il soit le principal responsable de leur réalisation.

SOUS-TITRE 2. - LA CIDE ET LA SOCIETE DE DROITS

C'est parce qu'il y a un Etat de droit que les concepts de la CIDE ont pu investir les législations et s'étendre aux citoyens au point d'amorcer un changement culturel. L'environnement juridique et culturel est aujourd'hui prêt pour l'exercice réel des droits. L'effectivité est urgente. Il en va de la crédibilité des gouvernements et de la crédibilité dans les institutions. Elle se mesure à l'aune du respect des droits sociaux et individuels des enfants. Plus que juridique la question est politique. Elle ne dépend pas, aujourd'hui de la seule volonté du législateur. Le phénomène du pluralisme juridique ébranle les principes sur lesquels repose son action. Emerge alors un droit des enfants, original, qui échappe aux classifications traditionnelles. Le concept de société de droits nous aide pour comprendre les nouveaux enjeux posés par la CIDE en Amérique latine. Pour Jean Michel Blanquer¹⁰⁷⁹, la notion peut être définie « comme une instrumentalisation par les personnes morales et physiques des mécanismes et contenus des différents niveaux du droit (...) dans le cadre de stratégies particulières de défense de leurs intérêts ». Le concept est étroitement lié à celui du pluralisme juridique compris comme « la sujétion simultanée de l'individu à plusieurs droits¹⁰⁸⁰ ». L'individu peut donc choisir selon ses intérêts et selon l'offre de droits. Dans les faits, la multiplicité des normes et des stratégies aboutit à une main mise du droit et du discours sur le droit sur le débat politique.

¹⁰⁷⁹ J.M Blanquer, « Entre ' Etat de Droit' et ' société de droit' : l'Amérique Latine à la recherche d'un concept directeur » in *Forum développement et culture*, BID, Unesco, Paris, T 4,11 et 12 mars 1999, p. 10.

¹⁰⁸⁰ La définition est de J. Vanderlinden, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 49, Bruxelles, 2002, p. 11 à 36. (en ligne) <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/vanderlindenpyramide.htm>

CHAPITRE 3. - LA CIDE ET LE RISQUE DE LA SOCIETE DE DROITS

La CIDE est victime de son succès. L'intégration des droits de la CIDE aux droits nationaux s'est accompagnée d'une multiplication des acteurs et des procédures. Débordé par les d'exigences fondées sur les droits de l'homme, l'Etat de droit peine à pouvoir les prendre en compte dans toutes leurs dimensions. Les choix qui ont été faits pour rendre effectifs les droits de l'enfant se sont caractérisés par une complexification du droit propre à la société de droits. L'ordre juridique se fragmente. La diffusion désordonnée dans le tissu social de concepts de normes nouvelles subvertit la notion classique de l'Etat de droit.

Section 1. - Un droit dense, pluriel et complexe

Dans les Etats fédéraux tels que l'Argentine ou le Mexique, une multitude de règles sont élaborées devant la multitude d'exigences. C'est le passage de l'Etat de droit à la société de droits. L'art de gouverner s'en trouve modifié. L'Etat se défait de sa responsabilité de garantir les droits de l'enfant par la création d'organismes spécialisés et la mise en place de procédures qui rendent difficilement lisibles les politiques publiques au sens strict du terme.

§ 1. - Complexification du droit

Aux nouveaux droits répondent de nouveaux textes dans une surenchère juridique dont il est difficile de percevoir la finalité. Tout au plus, on peut en percevoir un effet qui est une remise en cause de l'Etat de droit au nom des droits de l'individu.

A - Surexploitation du droit

La transformation des droits de l'enfant en droits exigibles avec la CIDE a certainement contribué au processus de complexification du droit dans ce domaine. Une norme supérieure vient en contradiction avec les droits internes forçant leur adaptation rapide. Dès lors, l'ensemble des espaces privés et publics de l'enfant est « infiltré » par des normes de sources diverses, parfois contradictoires. Les droits s'appliquent mal. Ils ne sont pas à la hauteur de ce qu'ils prétendent résoudre.

Cela les rend, pour Guy Carcassonne¹⁰⁸¹ « illusoires, donc décevants, donc dangereux ». Il rejoint en cela les craintes émises par Michel Villey au sujet des droits de l'homme¹⁰⁸². Le professeur de droit va jusqu'à parler d'un « totalitarisme juridique » qui risque d'aboutir à un « krach juridique ».

Ainsi surexploités, les droits peuvent mettre en péril la sécurité juridique de la Nation. Il est demandé au droit de résoudre des questions sur lesquelles il n'a pas forcément d'emprise faute de « gendarme » pour les faire appliquer ou faute de moyens pour les faire aboutir. « L'illusion est entretenue selon laquelle n'importe quel problème, qu'il soit éthique, social, économique peut recevoir des réponses juridiques, alors qu'à l'évidence seules pourraient les régler des solutions elles-mêmes éthiques, sociales ou économiques¹⁰⁸³ ». Le plus grand danger de la norme juridique concernant les droits des enfants réside dans son impuissance. Malgré cet écueil, la complexification se poursuit. La CIDE a été complétée par d'autres conventions. Chaque pays a lui-même, tout en reprenant les principes de la CIDE, procédé à l'élaboration de textes complémentaires. Des droits absents de la Convention ont vu le jour et ont été intégrés dans plusieurs déclarations régionales : c'est le cas du droit à l'éducation préscolaire, le droit à l'accès à la justice, le droit aux services de santé reproductive. Dans le même temps, les instances, judiciaires ou non, permettant aux enfants de revendiquer leurs droits se sont multipliées, de même que les procédures pour y accéder. Les nouveaux droits de l'enfant contribuent bien au processus de complexification du droit. Il n'est pas certain que cela leur assure un meilleur exercice.

¹⁰⁸¹ Carcassonne (2002).

¹⁰⁸² Voir page 315.

¹⁰⁸³ Carcassonne (2002).

B - Multiplication des textes

Le lent processus qui a permis d'aboutir à la construction de la CIDE a été mis en évidence : Déclaration de 1924, Déclaration de 1959, Convention de 1989¹⁰⁸⁴. Aussitôt écrite, la CIDE a été complétée par des instruments internationaux qui avaient pour objectif de mieux protéger les plus petits contre les conflits armés¹⁰⁸⁵, contre le trafic ou la prostitution¹⁰⁸⁶, contre les pires formes de travail¹⁰⁸⁷. L'UNICEF, l'OIT, l'OMS ont également fait leurs apports élaborant, interprétant et précisant les principes de la CIDE. A ces textes qui traitent directement de la question de l'enfance, il faut ajouter l'ensemble des instruments et Déclarations internationales ayant trait aux droits de l'homme qui, par extension, s'appliquent également aux enfants. La liste est longue. En Amérique latine, l'ensemble des Etats a adopté la CIDE. Les textes ont été déclinés dans les droits nationaux donnant lieu là aussi à une multiplication des institutions et des procédures visant à garantir les droits. Les Etats fédéraux dont le Mexique et l'Argentine ont procédé à de nouvelles Déclarations, plusieurs villes ont fait de même. Cet élan déclaratif suivi par un effort normatif a certainement permis de mettre la question de l'enfance en priorité dans l'agenda des nations. Enfin, il a apporté de la légalité là où il y avait de l'arbitraire. En revanche le principal objectif inhérent aux droits de l'enfant reste à atteindre : l'amélioration substantielle de leur situation.

De prime abord, la multiplication de règles peut être interprétée comme un renforcement de l'Etat de droit qui se donnerait les moyens juridiques d'être à la hauteur de situations nouvelles concernant les enfants. Plus de règles, semble insinuer le législateur, impliquent plus de protection. Rien n'est moins sûr. D'abord parce que le champ d'application de la normale s'est considérablement étendu ce qui risque de rendre difficile l'effectivité des règles. Ensuite, les règles émanent d'autorités différentes, parfois concurrentes de l'Etat. C'est le cas

¹⁰⁸⁴ Voir page 18.

¹⁰⁸⁵ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la participation des enfants aux conflits armés.

¹⁰⁸⁶ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

¹⁰⁸⁷ Convention 182 de l'OIT.

des Etats fédéraux. Devant ce phénomène, certains auteurs comme Jean Michel Blanquer ou Jean Pierre Henry craignent¹⁰⁸⁸ « la décomposition de l'Etat de droit ».

Si l'arbitraire et le flou juridique des lois tutélaires est progressivement substitué par des normes précises sensées assurer aux enfants l'exercice de leurs droits, le degré de complexité des nouvelles législations, rend difficile le pari de l'effectivité. Le cas des pays fédéraux le met en évidence.

§ 2. - Le cas des Etats fédéraux

Du traité international aux lois provinciales, les droits des enfants ont parcouru, en un temps record, un chemin juridique important. Dans les Etats fédéraux, l'influence de la CIDE est descendue au niveau des législations provinciales. Cela ne signifie pas qu'elle soit en complète adéquation avec les lois provinciales ou fédérales, mais qu'un réel effort de prise en compte des droits des enfants a été réalisé. Les cas de l'Argentine et du Mexique illustrent cette progressive intégration de la Convention dans le droit positif des provinces. Le fédéralisme en lui-même est une source de complexification du droit en particulier en raison de questions de compétences territoriales et juridictionnelles qu'il suscite.

A - La surenchère des lois provinciales en Argentine

En Argentine, l'article 31 de la Constitution stipule que les traités sont contraignants pour les provinces. Cela signifie que la CIDE est en vigueur sur l'ensemble du territoire argentin, indépendamment des lois provinciales. Néanmoins, certaines provinces ont à leur tour intégré la CIDE dans leur arsenal législatif montrant ainsi leur volonté de rendre effectifs les droits des enfants. Huit provinces ont promulgué pour la première fois ou réformé des lois dans le but de rendre la condition juridique de l'enfance en adéquation avec la CIDE. Il s'agit, avec

¹⁰⁸⁸ J.P. Henry, « L'évolution du droit sape les fondements de l'Etat de Droit », *Problèmes Politiques et sociaux*, l'Etat de Droit, La documentation française, mars 2004, p. 94.

plus ou moins de succès, de rigueur technique et de clarté conceptuelle de : Mendoza¹⁰⁸⁹, Chubut¹⁰⁹⁰, Neuquen¹⁰⁹¹, la ville de Buenos aires¹⁰⁹², Tierra de Fuego¹⁰⁹³, la province de Buenos Aires, Salta¹⁰⁹⁴ et Misiones¹⁰⁹⁵.

D'autres, en revanche, restent muettes sur ce thème.

Mary Beloff note, par exemple, que la loi de la province de Cordoba¹⁰⁹⁶ suit les habitudes tutélaires traditionnelles et n'introduit pas les principes des droits de l'homme de l'enfance dans ses articles. Concernant la province de Buenos Aires, l'article premier de la loi 12.607 rappelle la filiation avec la CIDE¹⁰⁹⁷. De nombreuses dispositions sont conformes à la CIDE. Les enfants de leur conception jusqu'à la majorité, sont définis comme « des sujets de droit ¹⁰⁹⁸ ». Devant la menace ou la violation d'un droit fondamental de l'enfant, les membres de leurs familles, ou tiers qui en ont connaissance peuvent demander aux services locaux de protection des droits, la protection ou le rétablissement des droits affectés¹⁰⁹⁹. Ils sont aussi sujets d'une protection particulière. Le jeune, confronté à un procès pénal, jouira de tous les droits et les garanties reconnus dans la constitution nationale, les traités¹¹⁰⁰ et instruments

¹⁰⁸⁹ Loi 6.354, du 22 novembre 1995 promulguée par Décret exécutif n°1.754 le 7/12/95.

¹⁰⁹⁰ Loi 4.347 du 16 décembre 1997.

¹⁰⁹¹ Loi 2.302 de 1999.

¹⁰⁹² Loi 114 de décembre 1998.

¹⁰⁹³ Loi 521, du 28 octobre 2000, partiellement amendée et promulgué le 11 juin 2001, B.O. 1.407 del 2/7/01.

¹⁰⁹⁴ Loi 7.039, promulguée par le décret 3.416 le 10 août 1999, B.O. 15.720 du 20 août 1999.

¹⁰⁹⁵ Loi du 6 décembre 2001.

¹⁰⁹⁶ (loi 9053 sanctionnée le 30 octobre 2002 et promulguée le 8 novembre 2002.

¹⁰⁹⁷ Article 1 « La loi a pour objet la protection intégrale des droits de l'enfant et du jeune, consacrés par la Constitution Nationale, les traités internationaux des Droits de l'homme ratifiés par la République Argentine, incluant la Convention des Droits de l'enfant, dans la Constitution de la province de Buenos Aires(...) ».

¹⁰⁹⁸ Article 2 de la Loi n° 12.607 de la province de Buenos Aires : « Sont inclus dans cette loi les personnes des deux sexes, de leur conception jusqu'à leur majorité, reconnues comme sujet de droit. Quand sont mentionnés l'enfant et le jeune sont inclus, dans tous les cas, les filles et les adolescentes ».

¹⁰⁹⁹ Article 40.

¹¹⁰⁰ Article 88. Les règles minimales des Nations Unies pour l'administration de la justice des mineurs (la résolution 40/33 de l'Assemblée Générale du 29 novembre 1985), les règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté (la résolution 45/113 de l'Assemblée Générale du 14 décembre 1990) et les directives des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile sont prises en compte par cette législation provinciale.

nationaux souscrits et ratifiés par le pays, dont la CIDE, la constitution provinciale et le code de procédure pénale de la province.

Les principes fondamentaux sont énoncés. L'article 3 nomme expressément l'intérêt supérieur de l'enfant. Il doit tendre au développement de l'enfant. L'article 4 garantit le respect du principe de non-discrimination, et le droit à exprimer son opinion librement dans tous les sujets qui l'affectent. En outre, il rappelle le rôle de la famille et de la communauté dans la défense, protection et promotion de leurs droits. L'Etat est impliqué dans ce processus de protection puisqu'il « est du devoir de l'Etat pour les enfants et les jeunes d'assurer en tant que priorité absolue la réalisation de ces droits sans aucune discrimination ». L'Etat provincial devra adopter et favoriser des mesures administratives, législatives et judiciaires nécessaires à la jouissance pleine et effective des droits et des garanties de tous les enfants et des jeunes¹¹⁰¹.

D'ailleurs, l'action ou l'omission de l'Etat qui affecte le plein exercice des droits reconnus dans l'article premier de la loi sont considérées comme menace ou violation des droits des enfants¹¹⁰². Enfin, des moyens concrets sont énoncés afin de parvenir à cet objectif tels que l'attribution privilégiée de ressources publiques dans les domaines de la promotion et de la protection de l'enfance et de la jeunesse¹¹⁰³ ou la création du système de promotion et de protection intégrale des droits de l'enfant et du jeune. Il s'exercera de manière décentralisée par une concertation d'actions entre la province, les municipalités, les organisations sociales de la communauté, et celles d'attention spéciale à l'enfance et la jeunesse¹¹⁰⁴. Ce système consiste en un ensemble d'organismes, d'entités et de services qui formulent, coordonnent, orientent, supervisent, exécutent et contrôlent les actions au niveau municipal et provincial. Leur but est de promouvoir, prévenir, assister, protéger et rétablir les droits des enfants et des jeunes. Il établit les moyens d'assurer la jouissance des droits et des garanties reconnues¹¹⁰⁵. L'article 13 annonce la création du « Conseil Provincial de l'Enfant et du Jeune » et la mise en place de politiques de promotion et de protection intégrale de droit. Elles visent au renforcement du rôle de la famille, à la décentralisation des fonctions des organismes

¹¹⁰¹ Article 7.

¹¹⁰² Article 47.

¹¹⁰³ Article 6.

¹¹⁰⁴ Article 8.

¹¹⁰⁵ Article 9.

d'application, des plans et des programmes... Elles doivent garantir la participation de la communauté, la participation de l'enfant, du jeune et de sa famille et le respect des opinions des personnes concernées. Ces dispositifs réduisent le rôle du juge qui en principe n'intervient qu'en cas de conflit avec la loi. L'adoption de cette législation à Buenos Aires n'a pas été facile.

En effet, le premier mars 2001, le ministère public avait introduit un recours devant cette cour pour l'inconstitutionnalité de la loi en se fondant sur différents articles.¹¹⁰⁶ Or, cette loi avait été approuvée à l'unanimité par les deux chambres. Dans un premier temps, la cour a suivi la position du ministère public et a ordonné la suspension de plusieurs dispositions de la loi (en réalité, la quasi-totalité de la loi) jusqu'à ce qu'elle rende sa décision. Devant le désordre rendu par cette suspension, le décret-loi 10 067 a continué à s'appliquer d'une manière désordonnée jusqu'en 2002 où une loi a expressément permis l'application du décret 10067 jusqu'à ce que soit prise une décision sur l'inconstitutionnalité de la loi 12 607. La décision de conformité de la loi avec la Constitution a été rendue le 14 mai 2003.

Même après cette décision, le sénat a adopté une loi sans débat autorisant la suspension de la loi pour cent quatre-vingts jours.

D'autres provinces s'inspirent de législation semblable. C'est le cas de l'article premier de la loi 2302 du 7 décembre 1999 de la province de Neuquén qui reprend la même formulation en ajoutant la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit. De même, la loi 521 du 6 décembre 2000 de la province de Tierra del Fuego reprend cette même argumentation dans son article premier¹¹⁰⁷ et elle ajoute dans son article 2 les principaux traités¹¹⁰⁸ touchant les droits de l'enfant. La province de Salta également par la loi 7039 promulguée le 10 août 1999

¹¹⁰⁶ Art. 1, 29, 31, 32, 35, 38 39, 53, 70, 74, 76, 79 al 84, 188 al 192, 201, 202 y 204 de la loi 12.607.

¹¹⁰⁷ « Les droits et garanties énumèrent dans la présente loi doivent se comprendre comme complémentaires d'autres reconnus dans la Constitution Nationale, la Convention Internationale des Droits de l'Enfant et autres traités internationaux dans lesquels l'Etat argentin est signataire, la Constitution de la province de Terre de Feu et autres lois ».

¹¹⁰⁸ « On considère comme formant partie de la présente loi les règles minimales des Nations Unies pour l'administration de la justice de mineurs (Règles de Beijing), La Résolution n° 40b/33 de l'Assemblée Générale, les règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, La résolution N° 45/113 de l'Assemblée Générale et les directives des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Directives de Riad) ».

fait référence non seulement à la CIDE, mais aux traités qui la complètent dans son article 35¹¹⁰⁹.

Cette surenchère des lois provinciales ne peut théoriquement que favoriser la diffusion de ces droits dans le complexe édifice législatif argentin et surtout dans le savoir-faire des juristes. En réalité, les nuances entre les Déclarations nuisent à la cohérence de l'ensemble. De fait, dans le cas argentin, avant l'adoption de la loi nationale de 2005, la complexité et parfois l'incohérence juridique étaient la règle. Le Comité des droits de l'enfant¹¹¹⁰ avait d'ailleurs recommandé, en 2002, outre l'adoption d'une loi générale conforme à la CIDE, une harmonisation entre les lois provinciales et les dispositions et principes de la CIDE.

B - Juxtaposition des lois au Mexique

Le schéma est semblable au Mexique : la loi nationale se juxtapose aux lois fédérales plus récentes. L'article 5 de la loi du 29 mai 2000 votée par le Congrès stipule que : « la fédération, le district fédéral, les Etats et les municipalités, devront mettre en oeuvre les mécanismes nécessaires pour impulser une culture de protection des droits de l'enfance, fondée sur le contenu de la Convention sur les droits de l'enfant et les traités approuvés par le Sénat de la République sur cette question ».

Il en résulte que sur le plan des Etats mexicains, il n'y a pas non plus une situation homogène,¹¹¹¹ et ce, malgré l'influence unificatrice de la CIDE¹¹¹².

¹¹⁰⁹ La loi sera publiée en même temps que la CIDE, les règles de Beijing, la résolution 45/113 des Nations Unies sur les mineurs privés de liberté, les directives de Ryad, avec les réserves respectives faites par le Congrès National et la loi 24.417 contre la violence dans les familles. Toutes ces lois sont d'application directe dans la province de Salta.

¹¹¹⁰ UNICEL, OCHR (2004), p. 66.

¹¹¹¹ Exemples de lois adoptées par certains Etats : 13 février 1997 : publication de la loi « pour le développement et la protection du mineur », Etat de Morelos, 7 mai 1997, publication de la loi sur les droits des enfants, Etat de Zacatecas, 7 février 1998, décret qui réforme plusieurs articles de la loi étatique d'éducation, loi étatique de santé, code pénal, code civil, et code de procédure civile de l'Etat afin de promouvoir une société plus juste et égalitaire, par exemple en éradiquant des pratiques comme la violence dans les familles et la maltraitance à l'égard des enfants ; 8 septembre 1998, loi d'assistance et de prévention de la violence familiale et la loi d'assistance sociale et de protection des enfants (niños, niñas), Etat de Veracruz. Plusieurs Etats ont adopté des comités de suivi de l'application de la CIDE : Etat de Nayarit en août 1998, Etat de Oaxaca, 1 octobre 1998, Etat de Querétaro, 20 novembre 1998.

Le 21 décembre 1999, l'Assemblée législative du district fédéral de Mexico a approuvé la « Loi des droits des filles et des garçons dans le district fédéral » dont l'objectif annoncé est de « et promouvoir les droits des filles et des garçons ». Cette loi est contemporaine de la réforme de l'article 4 de la Constitution et, il faut le remarquer, précède la loi fédérale. La loi du district, inspirée de la CIDE montre néanmoins des inconsistances et des incohérences¹¹¹³ telles que l'absence de référence aux enfants en conflit avec la loi pénale ou l'absence de précision concernant le droit à l'éducation. Cette loi du district de Mexico a servi de référence pour une initiative identique dans l'Etat de Jalisco. Il y a ici un risque d'une mauvaise intégration de la CIDE par des projets qui, s'ils en inspirent, diffèrent sur des points cruciaux. C'est le cas pour le projet de loi de l'Etat d'Oaxaca intitulé « Initiative de loi des droits des filles, des garçons et des adolescents de l'Etat » qui ouvrirait la porte à la réduction de l'âge d'imputabilité pénale, thème omniprésent dans le débat mexicain.

Dans une étude comparative entre la loi fédérale et celle du district fédéral concernant la protection de l'enfance¹¹¹⁴, l'avocate Perez Contreras, chercheuse à l'Université Autonome de Mexico, concluait sur l'avancée des principes généraux de la CIDE dans le droit mexicain depuis sa ratification en 1990 tant sur le plan fédéral qu'au niveau des Etats. Ce constat mérite sans doute une analyse de détail qui montre le chemin à parcourir pour la reconnaissance effective des droits¹¹¹⁵. La stratégie d'adéquation de la CIDE au droit interne se trouve donc d'autant plus complexifiée par le fleurissement de nouvelles lois au niveau fédéral.

Les compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés pour rendre efficaces les droits inscrits ne sont pas réparties. Le système pourrait pallier les insuffisances de la loi nationale. Cependant, les carences de la loi nationale rendent l'intégration de la CIDE au niveau de chaque Etat plus difficile. Pour l'avocate Gimol Pinto, spécialiste de droit pénal, « les Etats de la République qui ont commencé à créer des lois locales conformes au nouveau cadre légal sont peu nombreux, en outre, plusieurs initiatives vont dans le sens contraire ».¹¹¹⁶ Par

¹¹¹² G. Pinto, « Recepcion de la CDN en el sistema normativo mexicano, diagnostico juridico y propuestas para su adecuacion sustancia », Serie Documentos de Trabajo n°1, UNICEF Mexico, 2000. (en ligne) www.unicef.org/mexico/programas/recepcion_cdn.pdf.

¹¹¹³ G.Sauri Suárez (coord), *Informe de la Red por los Derechos de la Infancia en México*, Mexico 2003, p. 10.

¹¹¹⁴ M. de Montserrat Perez Contreras, « Las leyes federal y del Distrito Federal sobre protección de los derechos de niñas y niños », *Boletín mexicano de derecho comparado*, n°102, septembre 2001, p. 989.

¹¹¹⁵ Salinas (2002).

¹¹¹⁶ Pinto (2000).

exemple, lors de l'initiative de la « Loi des droits des enfants (garçons et filles) et des adolescents » présentée le 28 février 2003 au Congrès local, par le gouverneur de l'Etat d'Oaxaca, le Forum des enfants d'Oaxaca (FONI), un regroupement de différentes ONG, a montré son désaccord. Pour eux, cette loi contredisait les principes et les dispositions de la CIDE. Suivent des discussions sur l'adéquation des lois fédérales à la loi nationale. Dans ses observations finales,¹¹¹⁷ le CDE, comme pour le cas argentin, montrait sa préoccupation sur le fait que les lois restaient « fragmentées » et recommandait l'harmonisation de la législation « tant au niveau fédéral qu'au niveau des Etats ». La progression des droits de l'enfant est certes notable, mais désordonnée.

Ce type de processus d'adéquation de la loi nationale à la Convention internationale, puis des lois fédérales à la loi nationale est complexe. Ce droit devient parfois disparate. Il implique plus de bureaucratie et logiquement, moins de justice. Le professeur de droit public Jean Pierre Henry a des mots sévères pour le qualifier : « L'application de la règle de droit, dès que l'organisation sociale atteint un certain degré de complexité devient elle-même une activité sociale importante (...) Ainsi s'entame un processus qui, au moins présenté dans sa formulation théorique, confine à l'absurde¹¹¹⁸ ». Au Mexique comme en Argentine, le droit des enfants se complique tant au niveau provincial par la promulgation de lois distinctes qu'au niveau supranational par le développement des outils internationaux de protection de l'enfant. L'évolution observée fragilise donc l'Etat de droit en ce sens que des normes traitant du même sujet et provenant d'acteurs différents alimentent le marché du droit des enfants offrant ainsi une multitude de possibilités selon les intérêts en cause. Devant ce type de pluralisme juridique, la multiplication des règles et des acteurs, s'est affirmé le concept de société de droits en opposition avec l'Etat de droit. Il ne s'agit pas d'une opposition frontale, mais plutôt d'une cohabitation qui émiette la cohérence de l'Etat de droit.

¹¹¹⁷ UNICEF, OHCHR (2004), p. 260, paragraphe 10.

¹¹¹⁸ J.P Henry, « L'évolution du droit s'oppose aux fondements de l'Etat de Droit », *Problèmes Politiques et sociaux*, l'Etat de Droit, La documentation française, mars 2004, p. 95.

Section 2. - Affirmation de la société de droits

Les droits des enfants s'adressent à tous les enfants. C'est-à-dire que le public touché par les législations des mineurs n'est plus, en théorie, le mineur abandonné ou le mineur délinquant, mais l'ensemble des enfants. Le public potentiel des tribunaux et autres instances prévues pour garantir ces droits s'accroît en conséquence. Aujourd'hui, les enfants ont à leur disposition une série des textes et d'institutions visant à protéger ou à faire valoir leurs droits. Le rôle de l'Etat s'en trouve modifié. Il agit alors comme un acteur important mais non plus comme l'acteur principal.

§ 1. - Multiplication des institutions et des procédures

Permettant et promouvant l'intégration des droits de l'enfant dans sa législation, l'appareil de l'Etat a créé les instances nécessaires chargées de les faire respecter. Il s'agira d'une part d'instances pénales spécialisées pour les mineurs ou d'instances de protection responsable d'accueillir ou d'orienter les enfants qui leur sont adressés et d'autre part de politiques publiques visant à améliorer leur situation. Les premières sont concurrencées par des structures similaires dépendant en particulier des ONG, et les secondes sont de plus en plus confiées à des acteurs privés.

A - Multiplications des institutions au Chili

Le Chili, par exemple, est passé de cinquante juges des mineurs en 2001 à deux cent huit juges des familles depuis la réforme visant à l'amélioration du système judiciaire¹¹¹⁹. Le chiffre répond aussi à une augmentation du champ de compétence des juges et du nombre de normes touchant la famille. Ces nouveaux juges ont maintenant une compétence pour résoudre les questions touchant à la maltraitance, à la violence dans les familles, à l'adoption

¹¹¹⁹ Communiqué du Ministère de la Justice, Santiago, 3 août 2004.

et la filiation, aux pensions alimentaires et au mariage civil. Pour le président Ricardo Lagos, c'est une manière de « fortifier la famille¹¹²⁰ ». Les autorités chiliennes « fortifient » l'institution de la famille en accroissant sa « visibilité juridique », ce qui consiste à redéfinir ses droits et ses devoirs, ses moyens d'action. Dans cet esprit, ont été créés les bureaux de protection des droits de l'enfant sous la responsabilité du traditionnel Service national de mineurs (SENAME). Cette institution publique a pour objectif tant la réinsertion des enfants auteurs de délits que la protection plus générale des droits des enfants vulnérables. Il existe actuellement trente et un bureaux de protection des droits dans cinquante-quatre communes du pays. Le rôle de ces bureaux communaux est de protéger les enfants dont les droits sont en danger ainsi que les enfants victimes d'exclusion sociale. Parallèlement à l'adéquation de la CIDE au droit national, un double effort est fait par le Chili pour rendre effectifs les droits des enfants. Le premier, en amont, est destiné à prévenir les abus de droit ; c'est le travail des bureaux municipaux de protection des droits. Le second, en aval, destiné à garantir le principe de légalité pour les enfants et assurer une justice des mineurs conforme à la CIDE. D'autres instances venant compléter l'appareil juridique voient le jour. A titre d'exemple, des ONG ont mis en place leur propre bureau de protection des droits des enfants destinés à résoudre les conflits, la plupart de temps familiaux, avant la juridiciarisation des relations. C'est également la fonction du « défenseur des enfants¹¹²¹ » qui existe déjà dans de nombreux pays ; Pensé comme une instance indépendante entre les enfants et l'Etat, il doit, quand la législation du pays est conforme à la CIDE superviser son application, et quand elle ne l'est pas proposer les changements pertinents.

Le premier défenseur des enfants a été créé en Norvège en 1981. Il en existe actuellement dans de nombreux pays dont le Venezuela, le Pérou, le Guatemala et le Costa Rica pour l'Amérique latine. Au Chili, il s'agit encore d'un projet de loi. Au-delà de l'efficacité réelle de ces instances par rapport aux missions qui leur sont assignées, il y a donc pour l'enfant une offre croissante d'instance de protection. Il peut choisir, selon le cas d'espèce, celle qui lui convient le mieux. En revanche, cette multiplicité d'instances n'aide pas à la clarté. Si l'administré ne trouve pas dans le corps de règles nationales celle qui exprime le mieux la défense de son droit, alors s'ouvre à lui une « deuxième chance » avec le corps de règles

¹¹²⁰ Ricardo Lagos, discours du 21 mai 2001, *la Tercera*, 22 mai 2001.

¹¹²¹ Pour un détail sur l'histoire et la fonction du défenseur des enfants voir : Innocenti digest, *El trabajo del defensor de los niños*, UNICEF, Innocenti Research Centre, 1997.

internationales. Il y aurait donc un droit « à la carte » selon l'expression de Jean Paul Jean¹¹²² « utilisé selon des stratégies de groupes sociaux ou d'individus (...) conforté par le développement de normes juridiques de plus en plus mouvantes ».

B - Les défenseurs des enfants et adolescents au Pérou

Au Pérou, une instance originale protège les droits des enfants. Le nouveau Code de l'enfant et de l'adolescent péruvien, adopté en 2000, crée la figure juridique du « défenseur de l'enfant et de l'adolescent » (DNA), régi par l'article 42¹¹²³, dont l'objectif est de défendre et promouvoir les droits des enfants. L'enfant, s'il n'est pas pris dans l'appareil judiciaire, peut bénéficier des services du Défenseur. L'enfant, la famille ou n'importe quelle personne qui souhaite dénoncer un abus contre un enfant peuvent faire appel aux services d'une DNA.

Les défenseurs peuvent effectuer des conciliations extrajudiciaires sur des questions touchant les pensions alimentaires, le régime de visites... Ils peuvent intervenir comme médiateurs devant un conflit familial, apporter une orientation à l'enfant ou à la famille, dénoncer des maltraitements aux autorités compétentes. Il s'agit là encore de prévenir la judiciarisation d'un conflit. N'importe quelle organisation intéressée par la problématique de l'enfance peut se constituer en DNA. L'article 46 du code de l'enfance permet aux associations privées de s'organiser comme DNA, après une inscription au Ministère de promotion de la femme et du développement humain (PROMUDEH) aujourd'hui Ministère de la femme et du développement social (MIMDES). Elle doit apporter un plan de travail, un organigramme et un règlement interne, une information sur les membres qui composent la DNA. Elle doit disposer d'un espace physique pour accueillir le public et d'un espace privé pour les conciliations.

Il existe des DNA qui dépendent centres éducatifs, d'églises, d'organisations sociales de base, d'ONG, d'hôpitaux, de l'université et même de la police... Au niveau municipal, a été mis en place un réseau de défenseurs municipaux des enfants et adolescents (DEMUNA) qui couvre

¹¹²² J.P. Jean, « L'élaboration du droit civil aujourd'hui », Actes du Colloques Napoléon et le Code Civil, Ajaccio, 5 novembre 2004.

¹¹²³ Article 42 : Le défenseur de l'enfant et de l'adolescent est un service du système d'attention intégrale qui fonctionne dans les gouvernements locaux et dans les institutions publiques et privées dont la finalité est de garantir les droits que la législation reconnaît aux enfants et aux adolescents. Ce service est gratuit.

80 % du territoire. Il fonctionne théoriquement dans les municipalités de chaque district du territoire national.

Pour Jaime Jesus Perez¹¹²⁴, directeur de l'ONG « Acción por los niños », les DEMUNA constituent le principal réseau national spécialisé sur l'enfance au Pérou. A terme, l'objectif est que ce patchwork d'associations réunies sous la dénomination de DEMUNA soit véritablement intégré au système municipal. Cette préoccupation des ONG est partagée par le Congrès de la République qui, lui, souhaite contrôler davantage les DEMUNA. Le débat est actuel.

Les organismes publics ainsi que les ONG sont, donc, invités à participer à cette instance. Elle est financée par l'argent public municipal. Certaines ONG internationales lui octroient des subventions. Dans la réalité, la majorité des ONG¹¹²⁵ qui forment la coordination nationale de DEMUNA sont toutes partenaires de l'ONG internationale Save the Children Suède. De ce point de vue, la participation d'entités privées étrangères au financement d'une institution de service public est symptomatique d'une question clé dans la mise en place d'instances nouvelles. Le manque de moyens de l'Etat péruvien oblige le législateur à trouver des solutions originales sans toujours mesurer les conséquences que cela peut entraîner en particulier en matière d'unification des politiques publiques.

Concernant les DEMUNA, le Comité des droits de l'enfant a félicité le gouvernement péruvien pour cette création originale. Il s'inquiète toutefois « de la capacité limitée de ces nouvelles entités, de leur faible présence dans les provinces de la montagne, de la mauvaise préparation du personnel et du montant insuffisant des ressources¹¹²⁶ ». Il demande au gouvernement d'augmenter le budget des centres et d'augmenter la dotation en personnel. La préoccupation particulière du CDE rejoint une observation plus générale de l'UNICEF¹¹²⁷ qui prône systématiquement l'augmentation et une meilleure répartition du budget consacré à l'enfance.

¹¹²⁴ « Defensorías municipales del niño y adolescente (DEMUNAS) »: Una propuesta nacional de protección y promoción de La niñez y adolescencia de Jaime Jesús Pérez, directeur de l'ONG Acción por los Niños, 2001 (en ligne) <http://agora.pucp.edu.pe/ventana/defensoriasmunicipalesdelNino.pdf>

¹¹²⁵ C'est le cas des ONG: Proyeccion, Iresima, CODENI, Centro José María Arguedas, CEDISA, Centro Micaela Bastidas.

¹¹²⁶ UNICEF, OHCHR (2004), p. 352.

¹¹²⁷ UNICEF, *El Estado de la niñez en Perú*, UNICEF, janvier 2004, p. 82.

La remarque du CDE, faite en février 2000, a été reprise en 2004 par Carlos Suárez Chávez, juge en matière familiale, qui signale, qu'en quelques années, bon nombre de DEMUNA ont disparu et que toutes manquent de budget pour réaliser leurs objectifs¹¹²⁸.

Situées à cheval entre la sphère publique et la sphère privée, les DNA sont encore fragiles. En effet, toutes les DNA ont pour obligation de respecter les principes de la CIDE et la législation péruvienne qui s'en inspire. Pourtant leur diversité politique, religieuse et sociale permet de s'interroger sur le type de réponse que peut recevoir le public. Une jeune fille qui veut avorter par exemple, un couple qui veut se séparer reçoivent des réponses sans doute radicalement différentes selon l'idéologie de la DNA à laquelle il s'adresse. Ces institutions répondent à une demande d'un mouvement social hétérogène qui souhaite participer à la défense et à la promotion des droits de l'enfant. Elles contribuent à un pluralisme juridique dont les conséquences ébranlent l'édifice déjà complexe des législations pour l'enfance.

§ 2. - Le pluralisme juridique en Amérique latine

En même temps que le droit des enfants marque son emprise sur les sociétés latino-américaines, il contribue au développement d'un pluralisme juridique dont les contours ne sont pas encore fixés. Pour Carbonnier¹¹²⁹, l'hypothèse du pluralisme juridique est une fissure dans le système juridique tel qu'il est communément décrit et par conséquent dans le droit étatique. Cette « fissure » est une caractéristique du droit latino-américain. C'est aussi une politique des gouvernements qui s'approprient le discours sur les droits de l'enfant à forte portée symbolique et délaissent l'application de la règle.

¹¹²⁸ C. Suárez Chávez « Promoción de medidas alternativas socioeducativas no institucionalizadas », *Boletín Informativo del Poder Judicial del Perú*, Lima, 19 de Marzo del 2004

¹¹²⁹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, Paris, 1994 le chapitre « le pluralisme juridique » p. 356 à 364. et, en particulier, p.356. Le pluralisme juridique est lui-même pluriel. De Gurvitch à Carbonnier, les définitions sont nombreuses. Nous employons le terme dans le sens large de coexistences de normes d'origine et de force juridique variées au sein d'un même territoire.

A - Primauté du critère juridique

La CIDE propose aux Etats d'unifier les principes qui régissent le droit des enfants. Cette nouvelle vision doit se substituer au droit ancien des enfants. Le CDE est là pour rappeler l'urgence des réformes législatives. La puissance de conviction de la Convention a opéré. Concernant les droits de l'enfant, nous assistons à la victoire de ce droit sur le fait. Les conclusions de Claire Brisset, défenseur des enfants en France, sur le bilan des engagements pris par les Etats lors du premier Sommet de l'enfant organisé par les Nations Unies en 1990 l'illustrent. Elle parle d'un bilan en demie teinte. La partie la plus négative ce sont les faits : le travail des enfants n'a pas diminué, la mortalité infantile a baissé mais de manière inégale, cent millions d'enfants restent sans école... « En revanche, écrit-elle, la décennie 1990-2000 a vu des progrès substantiels s'opérer dans le domaine des droits de l'enfant, sous l'angle juridique et politique¹¹³⁰ ». Dans ce sens, la plupart des observations du Comité des droits de l'enfant se félicitent des avancées juridiques des pays signataires de la CIDE¹¹³¹.

Que la CIDE soit intégrée aux droits nationaux et, comme les exemples argentin et mexicain le montrent, aux droits des Etats fédéraux peut être considéré de prime abord comme un renforcement de l'Etat de droit puisqu'en théorie, il garantit les droits des jeunes citoyens. Les Etats ratifient la Convention, c'est leur droit souverain, puis ils ordonnent leurs droits nationaux en fonction des principes du texte international. Néanmoins, ils se trouvent rapidement débordés par le processus qu'ils ont mis en œuvre. Le droit de l'Etat coexiste alors avec celui de la communauté internationale qui l'imprègne sans toutefois se confondre avec lui. Le résultat est que la hiérarchie des normes, propre à l'Etat de droit vacille. Les Etats démocratiques, en ouvrant les bras aux pactes internationaux sur les droits de l'homme, consentent ainsi une atteinte à leur souveraineté. C'est un élément constitutif du phénomène de pluralisme juridique. Se juxtapose à cette concession légitime de l'Etat devant le droit international une complexification croissante de la norme dont il devient le médiateur.

Par la multiplication des normes, des instances et des procédures, le droit n'est pas simplement devenu plus complexe. Il devient embrouillé. Naît de ce phénomène un nivellement des recours possibles qui ébranle la cohérence de l'Etat de droit, car il n'est plus

¹¹³⁰ Actualité du site internet du défenseur des enfants. http://www.defenseurdesenfants.fr/actus/archiv_actu.htm

¹¹³¹ Voir UNICEF, OHCHR (2004).

le maître incontesté de la hiérarchie des normes. Il en devient le médiateur contesté. C'est la victoire d'un droit difficile à cerner. Qui peut aujourd'hui avoir une compréhension exhaustive du droit des enfants ? La complexification implique à la fois compréhension et spécialisation. La catégorie d'expert juridique de l'enfance voit le jour. Après les juges, les avocats se spécialisent. Dans les facultés, les cours de droit sur la famille se scindent pour faire une place plus importante aux droits de l'enfant. La déclinaison des droits de l'homme en droits spécifiques est aussitôt suivie par la diversité des produits universitaires. Dans la logique du marché juridique, ouvrages et cours spécialisés sur la question des droits des enfants se multiplient. L'IIN et les grandes universités latino-américaines ont développé des modules de formation à distance sur le droit des enfants. Si, malgré cela, pour les juristes, la compréhension du domaine n'est pas toujours aisée, elle est plus ardue encore pour les principaux détenteurs de ces droits : les enfants. Cette complexité dans les normes fait que personne ne domine véritablement la question. « Les systèmes normatifs contemporains, écrit le professeur Perrin, sont devenus d'une telle complexité que la volonté ne peut pratiquement jamais être véritablement informée ou éclairée »¹¹³². L'enfant se retrouve entouré de ce que Perrin appelle un réseau normatif. Il se caractérise par la « densification des productions » à laquelle se rajoute « la complexification des interrelations entre les systèmes de normes ». Nous l'avons observé pour les cas mexicains et argentins. Si, dans le cadre de la production étatique, le droit règle à peu près la question par un système élaboré de hiérarchie des normes, il devient démuné lors que les normes proviennent d'autres acteurs et échappent peu ou prou à son contrôle. La complexité du droit ne signifie pas *ipso facto* la présence d'un pluralisme juridique. Elle le suggère néanmoins. En premier lieu, car devant la norme complexe, les orientations prises par les juges diffèrent et peuvent s'opposer¹¹³³. En second lieu, la coexistence de normes contradictoires, au sein même d'un système juridique donné nuit à l'homogénéité de l'ensemble. Les enfants deviennent alors puissants de droits dont l'exercice est incertain.

¹¹³² J.F. Perrin, « L'autonomie de la volonté et le pluralisme juridique, aujourd'hui », in Communication pour le XVIIème Congrès international des sociologues de langue française, ISLF, Tours, 2004. Dans sa conférence, Perrin ne se réfère pas explicitement aux droits des enfants L'exemple choisi est celui de la médecine.

¹¹³³ Carbonnier (1994), p.361.

B - Le pluralisme et la société de droits

La doctrine de la protection intégrale revendique le pluralisme juridique lorsqu'il consiste à favoriser la production du droit en dehors de l'Etat. Elle est porteuse, de ce point de vue là, d'une vision antiétatique. Paradoxalement, la doctrine persiste également dans son objectif principal : la consolidation de l'Etat de droit. Le thème de la démocratie est omniprésent dans l'œuvre des doctrinaires. Constitués en lobbying, ils rentrent dans le jeu démocratique avec leur science juridique et une attitude de constantes propositions. Dans cet esprit, on ne peut suspecter la doctrine d'une quelconque nostalgie autoritaire. La recherche de la démocratie est obsessive. Son outil est une compréhension large du droit des enfants qui doit servir à cette fin. La conséquence logique du travail des doctrinaires est le développement rapide du droit des enfants dont la finalité est de développer concrètement la vision de l'enfant comme sujet de droit. L'effet collatéral de ce travail est, là encore, la complexification du droit, la multiplication des normes... On assiste alors à l'affaiblissement involontaire de l'Etat de droit. Comme le signale Jean Michel Blanquer « au nom de l'Etat de droit (consacré officiellement dans toutes les constitutions) qui suppose une énumération claire des droits et un système juridique pyramidal cohérent, on aboutit en fait à une société de droits¹¹³⁴ ». Elle est, ajoute-t-il dans un autre article¹¹³⁵, « l'enfant parricide de l'Etat de droit » puisqu'elle « nie la dimension pyramidale de l'ordre normatif ». Blanquer suggère que cette phase de pluralisme juridique « est probablement nécessaire ». En réalité, elle s'impose comme une bonne réponse dans un continent où la majorité des pays n'ont pas connu un Etat de droit durable et stable. La suspicion envers l'Etat, la concentration du pouvoir au sein d'une élite réduite, l'absence ou la faiblesse d'une classe moyenne pouvant consolider l'Etat de droit, oblige à cette stratégie de contournement. C'est une stratégie qui ne vise pas la prise du pouvoir, mais un exercice autre du pouvoir. En l'espèce l'alliance de la doctrine d'avant-garde et du droit international, permet la construction d'un rempart démocratique. Dépassant cette

¹¹³⁴ J.M. Blanquer, « Consolidation démocratique ? Pour une approche constitutionnelle », *Revue Pouvoirs* n° 98, 2001, p. 46.

¹¹³⁵ J.M. Blanquer, « Bon, vrai et beau droit, réflexions sur le rapport entre droit et esthétique », *Raisons Politiques*, n°3, 2000.

opposition, le sociologue du droit, Garcia Villegas¹¹³⁶, voit dans le pluralisme juridique une des caractéristiques historiques du droit latino-américain. Le pluralisme est, alors selon Garcia Villegas, non seulement la coexistence d'ordres normatifs dans un même Etat, mais également la coexistence de codes de conduites qui dérivent d'une culture hybride. Elle s'enracine dans la perception ambivalente du droit par les citoyens. Ils s'en affranchissent souvent tout en mettant en lui de grands espoirs pour la construction d'une société meilleure. Avec l'inefficacité des lois et l'autoritarisme, le pluralisme juridique est un facteur explicatif du manque d'effectivité du droit dans le continent, affirme le juriste. Cela « crée une brèche, presque insurmontable entre les droits écrits et la pratique ». Garcia Villegas, de la même manière que Carbonnier en France, fournit une clé de compréhension des limites à l'application du droit international. La brèche s'expliquerait, concernant les droits des enfants, par l'empressement des gouvernements à adopter le discours et les grands principes sur lesquels repose la CIDE qui s'opposerait à une mauvaise volonté pour les mettre en pratique. Ils ne prêtent pas au droit une fonction instrumentaliste, mais une fonction politique. Cela ouvre une piste de réflexion féconde concernant les recherches sur l'effectivité du droit des enfants. Les Etats obtiennent en effet un bénéfice direct par la reconnaissance formelle des droits de l'enfant. Ce gain de légitimité est obtenu en connaissance de cause et malgré la difficulté prévisible d'une application improbable.

Quand Carbonnier voit dans la multiplication des droits subjectifs un recul des valeurs collectives, Garcia Villegas dénonce dans le phénomène du pluralisme juridique une forme de légitimation des gouvernements qui, dans le cas des droits de l'enfant en adoptent le discours sans appliquer consciencieusement les règles. Les deux phénomènes fonctionnent en parallèle. Il devient difficile de distinguer clairement l'un de l'autre. Pris conjointement, ils rejoignent en cela une pensée de Tocqueville¹¹³⁷ qui voyait dans le « réseau de petites règles compliquées, minutieuses et uniformes » l'affermissement du pouvoir du souverain et l'aviissement du peuple.

C'est en cela que la société de droits est démocratiquement séduisante. Elle fait une large place à la participation des citoyens organisés. Les exemples sont légion dans le domaine des

¹¹³⁶ Le développement qui suit est inspiré de l'article de M. Garcia Villegas, « Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina », in *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, *Revista El otro derecho* n°26, Bogotá, Avril 2002, p. 13 à 48.

¹¹³⁷ A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Pagnerre éditeur, Paris, 1848, 5ème édition, t.4 p. 314 à 315.

normes sur l'enfance où la participation est le plus souvent intégrée à la loi. La multiplication des instances rend, de plus, cette participation active. En revanche, elle se substitue parfois à un principe unificateur seul garant de l'effectivité des droits. Que faut-il donc attendre de cette tendance au pluralisme de plus en plus marquée concernant le droit de l'enfance ? Les gains en terme de participation à l'élaboration et à la mise en place de la norme se font parfois au détriment de son efficacité. Le droit des enfants devient alors rhétorique dans cette partie du monde. Il s'impose. Il est éloquent, il convainc, il persuade que tous les enfants ont tous les droits. Déchiffrer le discours sur les droits de l'enfant, en Amérique latine, est aujourd'hui sans doute le meilleur moyen pour exiger que la précision du texte serve l'épanouissement de l'enfant dans un climat de « bonheur, d'amour et de compréhension » comme le prétend la CIDE dans son préambule.

CHAPITRE 4. - LE BEAU DROIT DES ENFANTS

Les droits latino-américains sont fortement influencés par la tradition du droit napoléonien¹¹³⁸. Les Codes civils latino-américains ont montré depuis près de deux siècles plus de stabilité que les Constitutions¹¹³⁹. Ils datent, pour la moitié des pays du continent, du dix-neuvième siècle, alors que les constitutions sont plus récentes. De ce point de vue, les libertés publiques octroyées par les constitutions, ne se reflètent pas toujours dans les lois, souvent plus anciennes. Juan Bautista Alberdi, considéré comme le père de la constitution argentine de 1853¹¹⁴⁰, signalait déjà les dangers d'un texte fondamental en faveur des libertés qui s'opposait à des lois liberticides d'origine et d'inspiration coloniale. « L'ennemi le plus fort de la constitution, écrivait-il, n'est pas le droit à venir, mais le droit antérieur ». Il génère une pratique qui peut être en opposition avec les principes constitutionnels. Cela a été le cas concernant le droit des enfants jusqu'à son intégration dans les législations. Ce n'est qu'après l'unification presque totale entre les principes de la CIDE et les articles des codes que les termes de l'opposition changent. Le droit n'est plus contredit par le droit, mais par le fait. Pour García Méndez, la tradition juridique latino-américaine repose sur « une dichotomie flagrante entre le discours et la pratique¹¹⁴¹ ». Un droit libéral et protecteur qui entre en contradiction avec une pratique par les pouvoirs en place qui s'affranchit des normes. Plus simplement, aujourd'hui, le pouvoir n'applique pas le droit qu'il contribue à créer. La tradition du droit des « mineurs » depuis les premières lois jusqu'à la CIDE infirme les propos de l'avocat argentin. Le droit des mineurs et la pratique réelle de ce droit se confondaient dans

¹¹³⁸ Le code Napoléon a été repris intégralement par Haïti, d'autres pays l'ont adapté. Il a fortement influencé Andres Bello qui a réalisé un important travail de codification qui, à son tour, a connu un rayonnement exceptionnel. Les codes pénaux latino-américains sont également d'influence française et espagnole.

¹¹³⁹ Les codes civils ont naturellement connu des changements substantiels, nous nous référons ici aux codes qui ont gardé leur structure initiale.

¹¹⁴⁰ Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la confederación argentina según su constitución de 1853*, Imprenta y librería del Mercuri, Valparaíso, Chile, 1854, p. 40.(en ligne) <http://www.eumed.net/cursecon/textos/2004/alberdi-sistema.pdf>

¹¹⁴¹ García Méndez (1992), p. 11. et García Méndez (1997), p. 185.

la mesure où il n'existait pas de référence aux droits de l'homme dans les législations sur les mineurs. Le droit des codes s'était déjà éloigné du droit de la loi fondamentale.

Ce n'est qu'à partir de la CIDE qu'est dénoncé le divorce entre la pratique et l'esprit des lois nouvelles. De ce point de vue, l'intégration de la CIDE dans les droits internes réconcilie les principes généraux du droit des enfants avec la législation en vigueur, cette fois, dans la plupart des pays, postérieure au texte international.

Section 1. - Fonctions des droits de l'enfant¹¹⁴²

Comment se situe le droit des enfants au regard de la tradition juridique latino-américaine ? C'est parce qu'ils connaissent ce décalage entre la loi fondamentale, les codes et la pratique que les docteurs œuvrent pour donner une cohérence aux normes issues de la CIDE. L'effort a porté jusqu'à présent sur la cohérence juridique du texte.

La doctrine de la protection intégrale a donc développé en Amérique latine une rhétorique qui sert de critère d'évaluation des politiques pour l'enfance. Les textes sont jugés en fonction de leur conformité à la CIDE. Tant les docteurs que le CDE font de l'adéquation juridique la pierre angulaire du dispositif de promotion des droits de l'enfant. Pour que le droit puisse s'appliquer, la cohérence des normes est un préalable indispensable.

§ 1. - Du bon droit au vrai droit

Superposant aux références divines du droit colonial le droit écrit, les juges du dix-neuvième siècle ont pour tâche d'appliquer la loi. « La constitution, écrit Alberdi, ne devait pas altérer l'œuvre de Dieu, mais l'exprimer et la confirmer¹¹⁴³ ». Le droit est alors écrit dans ces pays influencés par le Code civil. Le critère du bon qui faisait appel à la conscience est complété par celui du vrai qui vient des lois inspirées par le positivisme. En s'écrivant, le droit se

¹¹⁴² Le développement qui suit doit beaucoup à J.M Blanquer, « Bon, vrai et beau droit, réflexions sur le rapport entre droit et esthétique », *Raisons Politiques*, n°3, 2000.

¹¹⁴³ Alberdi (1854), p.69.

cristallise autour du texte. Ce passage s'est produit plus tard concernant l'enfance. Un court détour historique met en évidence ce phénomène.

A - Le positivisme déroutant du droit des enfants

Quelques dizaines d'années après la conquête de l'Amérique, Charles Quint, à la suite de protestations du prêtre dominicain Las Casas contre l'exploitation des Indiens, ordonne de mettre fin aux hostilités pour réfléchir sur le sens de la Conquête. Fait original dans l'histoire de l'humanité, un roi puissant se demande si la guerre est juste. Charles Quint recherche le juste et la justification. Ses décisions doivent s'ordonner autour de ce concept. Pour Vitoria, considéré comme l'un des fondateurs du droit international moderne, « la loi humaine doit respecter la loi divine¹¹⁴⁴ » et « un certain nombre de droits se déduisent logiquement de la nature humaine ». « Cela est juste et bon » dit la liturgie chrétienne. Ce seront ces notions, issues de la Bible, qui allaient servir de fondements théoriques à la conquête, mais aussi de limites théoriques aux exactions des conquistadores. Plus tard, le droit naturel se débarrasse de la notion divine. L'« espèce humaine » de Vitoria devient « les individus ». Le droit alors s'écrit, se transforme en codes et lois. Il entre dans le droit positif et se confond avec lui. L'esprit des lois, en passant dans le texte, se distancie de ce qui lui a donné naissance. Les domaines d'action de la loi se diversifient, les textes se multiplient. Les droits de l'homme sont déclarés. Deux cents ans plus tard, les droits de l'homme de l'enfance font leur entrée dans le droit international positif. Le droit devient alors créateur et la doctrine se met au service de l'idéal qu'il suggère. De nouveaux concepts sont inventés pour rendre crédibles certains droits. C'est le cas du droit des enfants à la liberté de pensée, de conscience et de religion¹¹⁴⁵ difficilement envisageable pour un nouveau né. Est alors inventé le concept d'autonomie progressive dérivé de l'article 5 de la CIDE.

Dans le même temps s'estompent les notions de bon et juste droit pour les enfants. En d'autres termes, le droit positif des enfants occulte le débat sur ce qui le fonde. L'enfant a droit à la liberté de pensée parce que cela est juste, parce que cela est bon ou parce que cela est vrai ?

¹¹⁴⁴ B. Barret Kriegel, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, 1989, p. 47.

¹¹⁴⁵ Article 14.1 de la CIDE. « Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion ».

En réalité, il a droit à cette liberté parce cela tombe sous le sens. C'est un droit déroutant reconnaît Jean Pierre Rosenczweig, mais qui est « le prix à payer pour leur donner les meilleures chances d'accéder progressivement à une pleine responsabilité civile, sociale et civique¹¹⁴⁶. » La tendance de confier la responsabilité du monde de demain aux enfants est de tradition ancienne. Elle apparaît dans les premiers écrits sur les droits de l'enfant¹¹⁴⁷. Il y a là une confusion entre les moyens et la finalité qui s'exprime par exemple dans le débat sur l'enfant citoyen. Le fait d'acquérir la citoyenneté n'est que le moyen de l'exercer. La finalité est ce que les citoyens font de leur citoyenneté. En d'autres termes, l'acquisition de la citoyenneté pour les enfants ne peut être un but en soi lorsqu'elle n'est pas nourrie d'un projet politique. C'est ainsi que le débat aboutit à une notion étrange d'un droit positif, qui, pour s'appliquer, fait référence à une interprétation savante. Le positivisme du droit des enfants devient alors déroutant tant les concepts qu'ils supposent sont controversés. C'est le cas avec « l'intérêt supérieur de l'enfant » ou même « l'autonomie progressive » ou encore « l'enfant citoyen ». En refusant le débat sur la finalité, les juristes positivistes déconnectent le droit d'une part de valeurs qui le fondent, en particulier le sentiment de justice et d'autre part du fait social.

B - Habillage juridique

Un regard sur l'histoire du continent latino-américain montre rapidement qu'en dépit de la naissance du droit international, contemporaine de la conquête, la force a rendu, pour le faible, le droit vain. La conquête a eu lieu. Sepulveda a eu raison de Las Casas. Plus précisément Las Casas a vaincu en droit son opposant dans la mesure où ont été édictées les Nouvelles Loix des Indes mais le dominicain a perdu dans les faits¹¹⁴⁸. Des civilisations prometteuses ont disparu. Le conquérant espagnol s'est imposé. Ce précédent historique rend suspect, pour le continent, tout effort juridique de développer un arsenal de mesures supposées apporter plus de justice. Le gouvernant est alors le maître du droit qui devient,

¹¹⁴⁶ J.P. Rosenczweig, *Le Monde* du 22 novembre 1989, p. 2.

¹¹⁴⁷ Deraisme (1876).

¹¹⁴⁸ Beuchot (1994), p. 47.

selon l'expression de Kelsen « une pure technique au service de l'Etat laïc ». A-t-il toujours été au service de l'Etat ? Avant Kelsen, Marx désignait le droit comme étant une « superstructure au service de l'Etat bourgeois ». En Amérique latine, peut-être plus qu'ailleurs en raison de l'attachement à la norme écrite, le droit s'est rangé, impuissant, au service des puissants en tant que régulateur social. C'est sans doute ce qui menace le droit actuel des enfants. Il risque de devenir la décoration d'un système dont les structures évoluent peu. L'effort ne serait alors qu'esthétique dans ce sens où il se concentre sur l'aspect formel de la règle. Il s'agirait alors d'un habillage juridique d'une question philosophique qui n'est pas tranchée. Le débat sur la question de l'enfant comme sujet de droit l'illustre. Il a droit à « la liberté de pensée, de conscience et de religion », stipule l'article 14.1 de la CIDE. Cet article est le pendant de l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui reconnaît que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». Le fondement théorique est l'égalité juridique entre enfants et adultes. Les promoteurs des droits de l'enfant en concluent « l'enfant est un sujet de droit », c'est un acquis de la CIDE. Mais cet article est au mieux comme le souhaite Rosenczveig « un cadre juridique donc politique » qui « invite à une démarche culturelle ». Il rejoint en cela la modeste utopie d'Emilio García Méndez.

En réalité sur le plan international, les droits de l'homme résistent mal aux logiques de pouvoir¹¹⁴⁹. Comme le précise Blanquer en se référant à la situation colombienne, « la rhétorique du droit ne masque qu'à grand-peine le pouvoir de fait de ceux qui détiennent la puissance des armes et de l'argent »¹¹⁵⁰. Sur le plan des droits des enfants, les logiques de pouvoirs sont plus inégales encore, car elles opposent enfants et adultes.

§ 2. - La rhétorique du droit des enfants

Le droit des mineurs a accompagné une reconnaissance des enfants comme sujets dignes de protection, le droit des enfants suit l'évolution sociologique en présentant les enfants comme sujets dignes de droits. La nouvelle rhétorique des droits de l'enfant ne serait-elle alors que la

¹¹⁴⁹ Pécaut (2001).

¹¹⁵⁰ J.M. Blanquer, « Colombie: les droits sans l'Etat » in *Problèmes d'Amérique Latine* n°1044, Paris, 2002, p.56.

vision modernisée du droit des mineurs décriée par les promoteurs de la doctrine de la protection intégrale ?

A - Un droit des mineurs liberticide ?

Le droit des mineurs antérieur à la CIDE est inique dénonce García Méndez. La doctrine, dont il est le porte-parole, s'écrit en opposition terme à terme au Droit ancien. Nulle éloquence dans le droit de la « situation irrégulière ». Son souci avoué est l'enfance abandonnée et l'enfance délinquante. Il protège et condamne, confond souvent entre les deux. Il s'agit pour l'Etat de protéger et de contrôler les contingents d'enfants laissés pour compte par l'industrialisation, la pauvreté et l'émigration. Le fait est social, l'idéologie est hygiéniste. Il faut « sauver » les enfants de leurs propres malheurs. Un arsenal de lois et d'institutions est alors mis en place pour encadrer, punir redresser. Ces lois et ses institutions sont cohérentes. Il n'y a pas dans la « doctrine de la situation irrégulière » de hiatus entre le fait et les règles du code, mais entre le code et la Constitution, comme l'annonçait Alberdi. Le « droit à venir » restreignait les libertés définies par le texte constitutionnel. Le fait est violent, le droit répressif. C'est la force de cette législation qui perdurera un siècle. Les législations des mineurs ne sont pas ici ambiguës même si elles utilisent des euphémismes adoucissant leur crudité. En revanche, elles restreignent les libertés constitutionnelles. A titre d'exemple, l'article 16 de la constitution argentine de 1853 définit que tous les habitants sont égaux devant la loi et l'article 28 précise que « les principes, garanties et droits, reconnus dans les articles antérieurs ne pourront pas être altérés par des lois qui réglementent leur exercice ». Or l'ensemble de la législation sur les mineurs, issue de la loi Agote de 1919 est, nous l'avons vu, discriminatoire au sens actuel du terme. Elle altère les garanties constitutionnelles d'égalité devant la loi créant la catégorie de mineur. Les principes sont plus instables que les règles. Prenant des distances avec la constitution, les gouvernements successifs ont mis en place une législation éloignée des normes définissant les libertés publiques. Avec la CIDE et la refonte des droits nationaux, le décalage se réduit. Le droit des enfants gagne en cohérence. Les garanties constitutionnelles sont développées par la loi, sans être dévoyées. Le défi n'est plus la cohérence juridique presque acquise, mais l'application de la loi.

B - Une Convention de papier ?

L'adoption par les Etats du discours protecteur des droits de l'homme assoit leur légitimité et introduit une homogénéité entre l'esprit de la loi, les principes et les règles. Ce qui fait alors problème n'est plus le décalage entre principes et normes puisqu'ils tendent vers le même but, mais le fossé entre un droit unifié et une pratique, elle, qui reste discutable, bien en deçà des espérances suscitées par les nouvelles normes.

Avec la CIDE, le droit se décale de la réalité. Il promet. Ce faisant, il s'aligne, nous l'avons vu, sur une constante de la conception du droit constitutionnel en Amérique latine qui décline les libertés publiques qui seront souvent mises en défaut par les mêmes régimes qui les ont proclamés. La multiplication des constitutions, tous pays confondus, en est l'illustration. On a pu parler pour l'Amérique latine de « constitutions de papier ». De fait, le continent depuis les indépendances a connu une prolifération de constitutions. Pour Pierre Chaunu¹¹⁵¹, les textes se sont opposés à la *virtu* d'hommes exceptionnels ou de caudillos qui s'en sont affranchis. Pour Blanquer, cette approche est simpliste au nom de « l'impact politique, social et juridique » des textes et au nom des nouvelles procédures « permettant une saisine directe et rapide en cas de violations de droits fondamentaux¹¹⁵² ». Aujourd'hui, les deux phénomènes se juxtaposent.

De même, la CIDE est parfois considérée comme « une convention de papier » au vu de la situation des enfants dans le monde¹¹⁵³. Bien qu'il s'impose à tous les enfants, l'objectif du droit nouveau se concentre sur les enfants dont les droits sont bafoués. C'est-à-dire, comme le droit ancien, l'enfance abandonnée, l'enfance au travail, l'enfance exploitée. Là encore, il sera simpliste de rejeter la CIDE au motif qu'elle ne s'applique pas. Elle a un impact juridique direct en particulier pour tout ce qui concerne le droit pénal des mineurs en instaurant le principe de légalité, également dans la refonte du droit de la famille. Ce sont les droits économiques, culturels et sociaux qui, la plupart du temps, sont en cause lorsque l'on évoque la mauvaise application de la CIDE. Toutefois, la traditionnelle « passion du droit » peut

¹¹⁵¹ Dans le même sens, sur l'importance des leaders, voir Garcia Villagas (2002). Plus importants que les organisations politiques, les leaders adoptent souvent le discours du droit sans l'appliquer.

¹¹⁵² Blanquer (2001), p. 45 à 46. L'auteur insiste ici sur la dimension sociologique des textes et leurs effets induits. Comme Chaunu, il signale le rôle de ces hommes au destin national comme Bolivar, Nuñez en Colombie, Sarmiento en Argentine et aujourd'hui Chavez au Venezuela. « L'homme politique providentiel, écrit-il, est porteur d'un nouvel ordre juridique » in Blanquer (1999), p.6.

¹¹⁵³ Communiqué de presse, *Canal Solidario*, 19 novembre 2003.

éloigner les doctrinaires latino-américains de la considération de la situation réelle des enfants. Le souci de la cohérence doctrinale prend le pas sur la réalité sociologique. A la schizophrénie du droit que dénonçait García Méndez en soulignant la coexistence du droit ancien dit « de la situation irrégulière » avec les droits nouveaux de la CIDE, succède la schizophrénie de l'Etat, thème cher à Bourdieu ou la main droite de l'Etat occupée aux politiques économiques, oublie la main gauche qui s'efforce de donner vie aux droits sociaux. La rhétorique a alors une fonction symbolique, le droit reconnaît le problème par la promulgation de textes s'y référant, mais l'Etat n'a pas les moyens d'y faire face. De là vient le rôle symbolique du droit mis en évidence pour la Colombie par Garcia Villegas¹¹⁵⁴. Le gain politique d'un alignement des législations sur les principes des droits de l'homme est, pour un gouvernement, suffisamment séduisant pour qu'il se lance dans la promulgation de textes dont il sait que leur application sera des plus difficile. La rhétorique développée est-elle alors pur esthétisme ou un instrument au service du droit. C'est un des paradoxes des droits de l'enfant dont le caractère contraignant est souvent inopérant. Reste alors leur portée symbolique, elle sans doute plus opératoire.

Section 2. - Les droits de l'enfant postmoderne

L'esthétisme de la main gauche qui a développé la rhétorique de la protection intégrale de l'enfant peine à s'imposer devant le pragmatisme de la droite. Le processus de persuasion des doctrinaires devient alors une distraction dans le sens où le juriste s'intéresse plus à l'aspect formel de la norme qu'à ses effets. Devant l'enfant donné en spectacle, le droit organise son propre spectacle.

¹¹⁵⁴ M. Garcia Villegas, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá, 1993, p.75.

§ 1. - Publicité, enfant et droit

A ce symbolisme efficace, dans le sens où il produit des effets, s'associe une fonction esthétique. La mise en forme du droit opère comme une distraction. Elle distrait le juriste de l'objet de la règle. Cela revient à avancer l'hypothèse que le considérable travail sur les droits des enfants opéré par les juristes a distrait l'attention des spécialistes des conditions de vie des enfants pauvres pour la focaliser sur la mise en forme des revendications. Les deux fonctions se complètent alors. S'ouvre le spectacle du droit, de plus en plus mis en scène, qui s'accommode particulièrement du spectacle des enfants, eux aussi mis en scène.

A - Les enfants en spectacle

En matière de publicité, le principe est la protection de l'enfant « contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être¹¹⁵⁵ ». Plus peut être que pour le droit à l'éducation ou le droit à la santé, ce principe reste en Amérique latine décoratif et repose en grande partie sur le bon vouloir des producteurs d'information ou de publicité.

La forte présence de l'enfant ne facilite pas le débat sur ses droits. Présents dans la publicité pour stimuler les ventes des voitures, d'assurances et d'objets les plus divers, présents, de plus en plus, dans les programmes télévisés, présents dans les dépliants des ONG, les enfants sont imposés sur la scène médiatique. Pendant que l'UNICEF, les gouvernements et les associations de parents multiplient les textes présentant les dangers de la publicité pour les enfants, l'enfant reste un outil privilégié des publicitaires pour vendre un produit soit directement soit indirectement. Les enfants sont utilisés par la publicité pour faciliter la vente de produits dont ils ne sont pas les bénéficiaires, pour guider les parents dans les achats ou comme consommateur final. Ils sont également les futurs clients. On peut lire sur le site Internet d'Ipsos « Du bébé roi au préado décideur, l'enfant prescripteur est devenu une réalité économique et commerciale incontournable¹¹⁵⁶. (...) Ils achètent eux-mêmes et influencent les

¹¹⁵⁵ Article 17 de la CIDE.

¹¹⁵⁶ Site Internet de l'Institut de sondage Ipsos (en ligne) : www.ipsos.fr. Voir également F. Brune, « De l'enfant-roi à l'enfant-proie », *Le monde diplomatique*, septembre 2004. L'auteur montre que la législation suédoise qui interdit les publicités adressées aux enfants de moins de douze ans n'a pu prospérer en Europe en raison de

achats de leurs parents ». Plus que jamais dans une cellule familiale dans laquelle les relations interpersonnelles se sont développées, le rôle de l'enfant est déterminant dans les comportements et les choix de consommation de toute la famille. Ce qui est vrai d'un côté de l'Atlantique, serait, selon le président de l'association brésilienne de publicité, Armando Strozemberg, faux de l'autre. Il disait au cours d'un reportage fait par les adolescents : « la publicité a pour cible le consommateur qui n'est presque jamais un enfant, et quand il le devient il est déjà entré dans l'adolescence¹¹⁵⁷ ». Assertion cocasse du publicitaire brésilien lorsqu'on mesure l'effort des marques pour s'attacher aux enfants. Un exemple particulièrement caricatural est la publicité que le producteur de tabac Philip Morris a réalisée en octobre 2002 sur les murs de la ville argentine de Cordoba¹¹⁵⁸. Le slogan de la campagne d'affichage était : « Philip Morris-cigarettes, t'invite au ciné ». Plus petit, dans le bas de l'affiche, on lisait que le tabac est mauvais pour la santé. La campagne s'est poursuivie par une deuxième campagne d'affichage où on lisait « et toi tu invites à qui tu veux ». Il fallait collectionner des paquets de cigarettes pour les échanger, vides, contre des entrées au cinéma. De même, l'affiche de la multinationale Danone est ambiguë. Demande-t-elle au passant d'aider les enfants qui ont un cancer ou d'acheter des yaourts ?



Cordoba (2002)



Mexico (2004)

En réalité, mondialisation aidant, les spots publicitaires sont souvent identiques d'un pays à l'autre. De nouveau la logique commerciale s'oppose avec les principes de la CIDE. La

l'opposition non seulement des publicitaires mais également de la Commission européenne en vertu de la libre circulation des biens et services.

¹¹⁵⁷ Interview a Armando Strozemberg, Quatrième sommet mondial des moyens de communication pour les enfants et adolescents, Rio de Janeiro, Avril 2004. (en ligne) : <http://www.riosummit2004.com.br/>.

¹¹⁵⁸ Voir le site Internet www.tabaquismo.freehosting.net, novembre 2002 et concernant la publicité de Danone <http://www.place-publique.fr/article1197.html>.

publicité n'est pas seule responsable de la mise en scène des enfants. Avec l'accord de leurs parents, de plus en plus d'enfants sont invités dans des émissions de reality-show pour se mettre en scène eux même et se raconter. Là encore, les standards des programmes sont mondiaux. Aujourd'hui, Internet concurrence la télévision. Sollicité et exploité, l'enfant est à la fois acteur, spectateur et spectacle¹¹⁵⁹. La mondialisation induit des paramètres assez stables d'un nouvel ordre social où les contraintes sont interiorisées.

Enfin, la misère des enfants est aussi spectacle ; qu'il s'agisse des publicités faites par les ONG pour montrer des enfants pauvres dans le but de récolter de l'argent ou bien par la publicité faite par l'exploitation médiatique des faits divers. L'émotion qui a conduit au développement des droits de l'enfant devient un des recours les plus utilisés tant dans la logique commerciale que dans la logique de la pitié. C'est parce qu'un enfant émeut que l'adulte achète, protège ou abuse. Comment s'étonner, écrit Paul Ariès¹¹⁶⁰, « que l'enfant réel soit si souvent l'opposé de tout ce dont rêvaient les organisations internationales en fondant leur nouvelle éthique de l'enfance ? » Pour lui, l'enfant de la CIDE comme l'enfant exploité relèvent d'un même déni d'enfance. Les droits de l'enfant s'intéresseraient plus à l'enfant rêvé qu'à l'enfant réel. Qui est alors cet enfant réel ? Les abus dont il souffre montre qu'il n'est pas aussi aimé que ne le souhaiteraient les défenseurs de ses droits. Nous passerions, selon Philippe Ariès¹¹⁶¹, d'un « malthusianisme ascétique » où le choix de limiter le nombre d'enfants avait pour objectif de mieux éduquer ceux qui restaient à un « malthusianisme hédoniste » où l'enfant est vu comme perturbateur du développement personnel de l'adulte. L'historien, dès 1975, écrivait que « l'opinion des intellectuels à l'égard de l'enfance martyre d'autrefois traduirait l'opinion, encore inavouable, de l'homme quelconque à l'égard de l'enfant d'aujourd'hui ? » L'enfant réel gêne. « L'adulte miniature » de l'iconographie du Moyen Age a fait place au « consommateur miniature » des écrans publicitaires. Le droit

¹¹⁵⁹ Le réseau Internet, ouvert, est un autre exemple de l'enfance spectacle. Des dizaines de milliers d'images à caractère pornographique concernant des mineurs circulent sur le réseau. Dès 1996 on parlait de 40 000 sites web consacrés à la pornographie infantine ou circulaient des millions de photographies. Selon les sources les chiffres varient. La tendance est à la hausse. L'ONG espagnole Anesvad évoque le chiffre de 4 000 000 de pages. (en ligne) www.anesvad.org. Nous nous limitons au constat. Voir: pour les chiffres Safer Internet Newsletter n° 23, mars 2003 (en ligne) www.saferinternet.org et pour une analyse R. Poulin, « 50 ans après la naissance de Play-boy, la tyrannie du nouvel ordre sexuel », Département de sociologie, Université d'Ottawa, 2003 (en ligne) http://sisyphe.org/article.php?id_article=801. Sur la question juridique : « La protection des mineurs sur Internet et la problématique de la pornographie », document réalisé par M. Amegee, mars 2004. (enligne) <http://www.themis.u-3mrs.fr/amegee/protectionmineursinternet.doc>.

¹¹⁶⁰ Paul Ariès (1989), p. 127.

¹¹⁶¹ Philippe Ariès, « l'enfant : la fin d'un règne », *Revue Autrement* n°3, Paris, Automne 1975, p. 171.

ignorait le premier, la protection du second se fait au prix d'un compromis entre la logique commerciale et son « développement harmonieux ».

B - Le Droit se met en scène

Utilisé et utilisant les moyens de communication, le droit utilise les arènes de la communication moderne pour s'exprimer. L'utilisation des faits divers touchant les enfants et est particulièrement illustratif de la justice spectacle. Le cas Spiniak dénoncé en 2003 au Chili montre les prémices de la justice spectacle. Les faits sont les suivants. Un chef d'entreprise, Spiniak, proche de la droite, est accusé d'avoir mis sur pied un réseau pédophile à Santiago dans lequel serait impliqués des personnalités dont plusieurs parlementaires. Ce fait divers a fait la une des journaux et magazines pendant plusieurs mois. L'Etat, en perdant le monopole de la communication du droit¹¹⁶², se livre à une surenchère. Le gouvernement s'est exprimé à de nombreuses reprises avec son porte-parole. Des sondages pour savoir si Spiniak était considéré coupable par le public ont été effectués. Les juges chargés du cas ont été destitués les uns après les autres, chacun ajoutant une déclaration, et organisant des fuites selon l'instruction en cours. Des forums de discussion se sont ouverts sur Internet pour échanger sur la culpabilité de l'auteur présumé. Deux ans après les faits, le spectacle continue. Les déclarations des mineurs continuent de faire la une des hebdomadaires. Spiniak n'est pas jugé. Après l'étalage de la vie privée de nombreux hommes politiques, dont, entre temps, les poursuites à leur égard avaient cessé, s'est ouvert un débat éthique sur le rôle de la presse, des juges et du pouvoir. Sur le modèle d'une série télévisée se joue la vie d'un homme, le démantèlement d'un réseau de prostitution enfantine dans un climat de grande confusion où la justice est faite avant qu'elle soit rendue. La mise en scène du droit participe aussi à la construction de la société de droits. Sur un fond de transparence, les acteurs et les déclarations se multiplient sans qu'il y ait un critère unificateur ou même une grille de lecture permettant de discerner l'essentiel de l'accessoire. Le public se fait juge. La cascade de procès en cours dérivés du cas Spiniak, procès en diffamation, procès civils, procès pénaux contribue à ce spectacle. Le cas Spiniak est représentatif dans le sens où il est exagéré et, plus qu'un autre, il

¹¹⁶² Sur la manière de communiquer le droit voir Carbonnier (1996), p. 99.

montre, de manière caricaturale, certaines tendances actuelles. La plus marquante, sans doute propre au concept de société de droits, est celle, déjà évoquée, d'un nivellement de valeurs où l'on perd de vue la hiérarchie des normes. La forme l'emporte sur le fond mettant de nouveau en évidence la prépondérance de l'esthétisme. La forme veut qu'une majorité décide de ce qui est vrai. Cette recherche non explicite du consensus peut se faire parfois au détriment de la justice. Elle devient une fin en soi. De ce point de vue l'ordre qui naît de cette recherche ne répond plus à un ordonnancement juridique classique, mais à la superposition d'ordres qui dépendent de multiples facteurs.

De la même manière, les débats engendrés en France pour la ratification de la CIDE ont donné lieu à un spectacle dans lequel le droit n'avait peu sa place. « Ce que l'on sous-estime, pouvait écrit Irène Théry, c'est l'effort qui sera nécessaire pour que le droit spectacle cède la place au droit¹¹⁶³ ». La tendance actuelle ne va pas dans ce sens. Devant la complexité et la diversité du droit des enfants favorisées par la société de droits, les normes constituent un système de moins en moins hiérarchique dont les apports nouveaux ne font qu'embellir l'ensemble sans qu'il y ait un effet, au moins direct, sur le public qu'elles sont sensées concerner. C'est bien parce que le droit des enfants n'a pas un effet direct immédiat que les sociologues s'interrogent sur son impact social c'est-à-dire sur les effets qu'il produit malgré sa mauvaise application.

§ 2. - Vers une redéfinition du rôle de l'Etat

La tendance n'est pas la règle commune. Il serait donc abusif de prétendre que le droit des enfants n'ait qu'une fonction décorative. En revanche la multiplicité des discours est encouragée par la société de droits, car elle rompt avec le monopole de l'Etat dans la production de droit. A sa manière chaque acteur de l'enfance produit du droit. Ce phénomène porte en lui une redéfinition du rôle de l'Etat.

¹¹⁶³ Théry (1992), p. 6.

A - Production alterative

La société de droits est aussi l'irruption, favorisée par l'Etat, d'autres acteurs sociaux dans la définition de droits nouveaux et leur mise en application. Ils ne peuvent s'en remettre au seul Etat pour garantir les droits fondamentaux.

L'expression de « droit alteratif » a été inventée par Gomez da Costa. Le juriste brésilien se félicite de constater que le monopole de production du droit commence à échapper à l'Etat. Un droit alteratif, pour lui, est un droit qui provoque des changements, un droit qui transforme. Il s'oppose au droit alternatif qui s'inscrit en opposition directe avec l'Etat qui était le propre des ONG juristes des années de dictatures¹¹⁶⁴. Sandrine Revet, auteur d'un mémoire sur l'usage alternatif du droit au Chili concluait son travail en montrant les limites du droit alternatif qui s'était développé pendant la période de la dictature chilienne. « D'alternatifs, ces mouvements ne sont-ils pas en train de revendiquer une nouvelle position dans la société, qui les placerait (...) plus dans une recherche de légitimité que dans une logique de confrontation que le terme d'alternatif dessinait jusque-là clairement¹¹⁶⁵ ? » La notion de droit alteratif est plus nuancée. C'est l'avènement du droit vu comme la « capacité indépendante de la société civile pour interférer de manière substantielle sur les politiques gouvernementales, augmentant la transparence et l'efficacité au service de l'ensemble des citoyens¹¹⁶⁶ ». Le fondement de la doctrine de la protection intégrale est la transformation de la société sans inclure une logique de prise de pouvoir. Par l'action citoyenne, par le droit pluraliste, par la multiplicité des voies de recours, les doctrinaires latino-américains s'inscrivent dans un courant décrit comme postmoderne. L'influence de la doctrine de la protection intégrale est grande. On lui doit une lecture originale et ambitieuse de la CIDE. Elle est perceptible par la révolution sémantique qui accompagne les droits de l'enfant : la distinction entre enfant et adolescent, l'abandon progressif du terme de mineur... De ce point de vue, les doctrinaires par leurs articles, commentaires de loi, séminaires, commentaires

¹¹⁶⁴ Voir le mémoire de S. Revet sous la direction de Jean Michel Blanquer, *Usage alternatif du droit et transformation sociale. Appropriation, utilisation et élargissement de la notion de droit au Chili sous le régime militaire puis en période de transition démocratique*. Université de Paris III Sorbonne Nouvelle, IHEAL, Diplôme d'Etudes spécialisées sur l'Amérique Latine, Option : Sociologie – Anthropologie, Année Universitaire 2000/2001.

¹¹⁶⁵ Revet (2001), conclusion.

¹¹⁶⁶ García Méndez (1997), p. 249.

d'arrêts, expertises judiciaires ont, eux aussi, contribué, d'une manière difficile à mesurer, à faire le droit. Ils font office d'une certaine manière de législateurs réels en face du législateur formel¹¹⁶⁷ qu'est le Parlement. Ils partagent ce rôle avec l'UNICEF et le Comité des droits de l'enfant, qui rapport après rapport, a un impact certain sur les législations locales. Un des effets de cet impact est que le droit, en faisant la promotion d'une catégorie particulière de sujets, les enfants, perd de son homogénéité, garante de la cohérence de l'Etat de droit. En Amérique latine, le phénomène, décrit par Blanquer, n'est pas subi, il est revendiqué par les acteurs de l'enfance comme garantie devant les abus de l'Etat. La société de droits s'impose donc avec l'aval tant de l'acteur public qui, en l'espèce, échappe ainsi à la pleine responsabilité de l'application de la CIDE que de l'acteur privé qui se voit reconnu par sa participation et son influence. Il n'est pas aussi évident en France signale Blanquer¹¹⁶⁸ « où l'armature de la puissance souveraine a encore quelque solidité ».

B - La société de droits en réponse à la crise de l'Etat protecteur

Cette place « spectaculaire » l'enfant entretient des liens forts avec le droit. Les droits subjectifs sont la conséquence logique de la valorisation extrême de l'individu. Dans cet esprit le développement d'un « droit incantatoire », presque magique, qui veut, de toute la force dont ses textes sont capables, assurer à l'enfant l'éducation ou la santé est une caractéristique propre de l'Etat postmoderne¹¹⁶⁹. Pour Jacques Chevallier¹¹⁷⁰ « l'explosion juridique consécutive à l'avènement d'une société de droits implique une rupture radicale avec la conception monolithique d'un droit émanant d'une source unique et agencé d'une manière pyramidale ». Chevallier prend soin de préciser que l'Etat postmoderne est une réalité occidentale. Nous avons vu que, plus qu'en Europe, la réalité latino-américaine est propice à

¹¹⁶⁷ Pour la distinction entre législateur réel et législateur formel voir Carbonnier, *Sociologie juridique*, Quadriga, PUF, 1994, p.335.

¹¹⁶⁸ Blanquer (2000).

¹¹⁶⁹ J. Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2004, p.100.

¹¹⁷⁰ Chevallier (2004), p. 106. A la différence de Blanquer, Chevallier évoque la société de droit au singulier. Il nous semble que l'expression au pluriel rende mieux compte de « l'explosion juridique » dont parle Chevallier.

l'enchevêtrement des ordres juridiques. Ils mettent en scène une pluralité d'acteurs, de logiques et de stratégies.

Les droits de l'enfant en Amérique latine sont une illustration de ce phénomène. Ils se situent aujourd'hui à la croisée des chemins entre le triomphe possible de l'idéal d'universalité de la CIDE par son intégration dans les droits nationaux et le retour d'un Etat particulariste et brutal qui avance avec le masque du droit. Dans le premier cas, le chemin aboutit à l'avènement d'une opinion publique mondiale qui impose son droit aux Etats alors représentatifs. Il s'agit pour Benoit Frydman d'une « démocratie postétatique¹¹⁷¹ ». A l'inverse, Blandine Barret-Kriegel¹¹⁷² parle de « limite indépassable de l'Etat de droit actuel ». Pour elle, le droit sans l'Etat n'est pas actuellement pensable. L'Etat est indispensable pour résister « aux formes impériales et dominiales qui subsistent dans le monde » et le droit est indispensable pour limiter la toute-puissance de l'Etat par le haut avec la séparation des pouvoirs et par le bas avec l'institutionnalisation des droits de l'homme. La construction désordonnée, mais progressive de la société de droits nuance le constat de Blandine Kriegel sans le remettre en cause. On peut se demander si l'improbable Etat de droit dans les Amériques latines depuis leurs indépendances ne trouve pas un développement salutaire dans la société de droits. L'ensemble de règles, émanant d'acteurs différents, tel que nous l'avons décrit, entraîne un certain équilibre que les pays du continent n'avaient pour la plupart pas ou peu connu. A la logique d'un Etat de droit par la forme et de force sur le fond s'oppose celle d'une société qui trouve dans cette prolifération de normes une culture de compromis qui peu à peu se substitue à celle de l'autoritarisme. Le processus est lent. Il est déjà perceptible.

Le nouveau droit des enfants s'inscrit dans cette dynamique. La société de droits nie à l'Etat de droit la capacité pleine et entière de prendre en charge de manière juridiquement satisfaisante les enfants. Ainsi, le développement de structures et de procédures diverses a pour fonction de combler les lacunes historiquement avérées de l'Etat de droit. La multiplicité des normes est ici vue comme une garantie supplémentaire du respect des droits. Les étatistes

¹¹⁷¹ Le développement est inspiré de : B. Frydman, « Le droit, de la modernité à la postmodernité », *Réseaux*, revue interdisciplinaire de philosophie morale et politique n°88-90, Université de Mons-Hainaut, Bruxelles, 2000, p. 67 à 76.

¹¹⁷² B. Barret-Kriegel, « L'Etat de Droit et l'histoire de l'Occident » in *L'Etat de Droit, Problèmes politiques et sociaux* n°898, mars 2004, p. 31.

interprètent ce fractionnement du droit¹¹⁷³ comme une perte de sécurité juridique. L'hypothèse conciliatrice voudrait, qu'en Amérique latine, l'étape actuelle de la construction de la société de droits est indispensable pour renouer un contrat social entre l'Etat et les citoyens, profondément divisés pendant les périodes autoritaires.

Ayant mis en évidence l'excès des politiques libérales en Amérique latine qui a conduit à une détérioration de la condition des enfants, il est difficile en effet d'imaginer un retour à un Etat providence guéri de son « obésité ». Dans ce sens, l'agrandissement de l'espace public au sein de la société de droits que nous avons décrite est le résultat actuel de la mutation forcée de l'Etat de droit. L'irruption des droits de l'enfant sur l'arène nationale est un élément. Elle libère la parole, ouvre le débat, oblige l'Etat à de substantielles modifications dans manière d'agir. L'art de gouverner s'en trouve bouleversé quant à sa forme. N'est-ce pas déjà une réponse positive aux abus d'autoritarisme maintes fois dénoncés ? Il est sans doute prématuré pour formuler une hypothèse sur les conséquences possibles de ce fragile équilibre.

¹¹⁷³ J.M Blanquer, « la dimensión social de la crisis » in Revista *Capitulos*, n°57, septembre-décembre, Caracas, 1999. L'auteur signale que le développement des droits particuliers correspond en premier lieu à une compensation des problèmes sociaux.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Il n'est pas un soir sans que les journaux télévisés ne fassent état d'enfants malmenés, abandonnés, assassinés, violés, violents, désespérés... Sont dénoncés, en vrac, les phénomènes naturels, les mauvais parents, les autres enfants, les insuffisances de l'Etat, le hasard, la fatalité. Le téléspectateur acquiert une information aiguë sur la souffrance de l'enfance. Ces nouvelles, dans le meilleur des cas, sont insupportables et dans le pire, entraînent une indifférence. Ce spectacle est aujourd'hui à la portée de tous.

Il pousse à la réaction, mais n'entraîne pas à l'action réfléchie. Le spectacle de l'enfance ainsi dévoilé ne nous dit rien ou peu sur ce qui est en jeu, et surtout sur les causes de ces souffrances.

Pourtant, les outils d'explication foisonnent. Ils questionnent l'Etat, le droit, la société. Ils s'interrogent sur la place de l'enfant dans la famille, tentent de deviner les principales caractéristiques de la société de demain. « Etat de droit », « société de droits », « société des individus » : ces concepts tentent de rendre compte de l'organisation des hommes. Devant l'Etat, et c'est l'un des principes de la modernité, les individus s'affirment. Ils sont titulaires de droits opposables. C'est un progrès. Mais, une fois lancée, la machine des droits subjectifs, peine à s'arrêter. Elle englobe tout et tous au prix de l'abandon d'un projet commun. De même que la somme des mémoires individuelles ne constitue pas une mémoire collective, la multitude de projets personnels ne constitue pas un projet de société. C'est pourtant, si l'on écoute les critiques de Villey, de Carbonnier, de Gauchet, de Garcia Villegas, l'une des caractéristiques de la philosophie des droits de l'homme. Elle agit parfois comme un coin dans l'ébauche d'un projet commun à tous sans cesse mort né sous les revendications personnelles ou communautaires.

Appliquée à l'enfant, cette philosophie laisse rêveur. Comme l'enfant indigène qui naissait nanti d'une âme dotée de traits particuliers, l'enfant moderne naît nanti de droits destinés à le libérer, si l'on reprend le titre d'un ouvrage d'Alain Renaut. Le libérer de quoi et pour aller où ? C'est à notre avis une question pertinente. L'indétermination devant un projet politique

rend particulièrement ardue la définition d'un projet pour les enfants. Il faudrait alors considérer ces droits subjectifs attachés à l'enfant comme une salle d'attente avant la reconstruction d'un projet collectif. Faute de mieux, la société de droits continue de vouloir protéger ses petits sans qu'elle sache vraiment pourquoi.

Vue comme cela, la libération implique une déresponsabilisation de chacun devant l'autre, de l'individu devant la société, des parents devant les enfants. La responsabilité, l'autorité devient suspecte. Cela est d'autant plus vrai en Amérique latine née par un viol de civilisation. Les Espagnols ont évoqué un monde nouveau, les révolutionnaires latino-américains un homme nouveau, les juristes de la protection intégrale un enfant nouveau. Cette nouveauté recherchée porte en elle la vision d'un monde meilleur. Or, un droit trop idéaliste n'est pas praticable. Cette vision est utopique, nous l'avons signalé, et morale également. Elle doit être lue à l'aune des logiques de pouvoirs sans doute moins trompeuses que les concepts théoriques plus suspects de manipulation. Toujours présentes, elles rendent mieux compte sans doute des enjeux de la CIDE. A défaut d'une explication globale, satisfaisante pour les esprits, il faut se résigner, à l'issue du débat sur le rôle des droits de l'enfant, à les cantonner dans leur objectif initial : une protection accrue des enfants. L'enjeu est éthique, les moyens d'y parvenir politiques. La doctrine des juristes latino-américains et plus généralement les débats sur la CIDE produisent des outils de réflexion qui, même s'ils sont inapplicables, permettent une action envers les enfants qui sera le fruit de compromis.

Force est, néanmoins, de constater que malgré les efforts durables de la communauté internationale, malgré les interprétations des juristes, philosophes et intellectuels, nombre d'enfants restent en marge, malmenés ou oubliés. C'est l'un des enseignements de cette étude des droits de l'enfant.

CONCLUSION GENERALE

La passion de l'enfant et la passion du droit ont donné formes aux droits de l'enfant. Rêvés au dix-neuvième siècle par des femmes qui voyaient dans le socialisme et le féminisme des idées libératrices non seulement pour elles-mêmes et par des juristes et des éducateurs qui pensaient le droit comme un outil d'émancipation, ils ont éclos au vingtième siècle. La violence contre les hommes a engendré la Déclaration de 1948, la violence contre les enfants la Convention de 1989. Ce n'est pas une déclaration de bonnes intentions, mais une déclinaison de droits juridiquement contraignants. Formés à la tradition d'un droit qui s'écrit, les techniciens des droits de l'enfant ont pensé que la multiplication des textes protégerait davantage l'enfant. La parole vole et le texte rassure. Il fige aussi. Celui de 1989 fait de l'enfant un sujet de droit, un citoyen se félicite ses promoteurs. Il dénie l'enfance et n'apporte pas de solution convaincante à ses malheurs critiquent ses détracteurs.

Du droit applicable aux enfants, il y en a toujours eu. Que les enfants soient titulaires de droits opposables, là est la nouveauté. Aujourd'hui tous les enfants du monde ont des droits, à l'éducation, à la santé, à la protection... Ils ont droit à tout cela, partout dans le monde. La planétarisation aidant, les droits se diffusent vite. Plus vite encore en Amérique latine où les « sauveurs d'enfants¹¹⁷⁴ » modernes, ceux qu'Irène Théry nomme en France, les « idéologues des droits de l'enfant », voient en eux, l'outil capable de contribuer à une démocratie durable, et l'exploitent jusqu'à ce qu'il rende raison. L'utopie doit être la ligne d'horizon disent-ils. Les droits de l'enfant doivent s'imposer, jusqu'au moment où les enfants n'auront plus besoin de droit à la santé parce qu'ils seront soignés, ni de droit à l'éducation, car ils iront à l'école. Ces droits se sont imposés sur la scène internationale. Ils demeurent peu effectifs.

En Amérique latine, la vie de Bolivar aide à comprendre le continent. Il a déclamé des droits pour tous. Ils ont été accaparés par quelques-uns. Les droits formels n'ont pas su encore

¹¹⁷⁴ L'expression « sauveurs d'enfants » vient du dix-neuvième siècle. Leur objectif était de « sauver l'enfant pour sauver la société ». Platt (1982), p. 78.

contrecarrer de manière durable les logiques de pouvoirs. La terre d'utopies voit ses idéaux se briser à peine proclamés.

Pourtant, le développement des droits de l'homme a ouvert de nouvelles perspectives. Les droits ne sont plus garantis seulement par Etat, suspect de ne pas les promouvoir et coupable de les avoir violés. Ils le sont par la communauté internationale. Son effort constant, depuis 1948, a consisté à étendre sa protection aux groupes les plus vulnérables. Ainsi depuis 1989, une attention particulière est portée aux enfants. La CIDE et ses développements postérieurs ont pour objectif de veiller et de protéger leurs intérêts. La Convention ne prévoit pas de mécanismes juridictionnels, mais juste une instance de contrôle. Il revient aux Etats et aux systèmes régionaux le soin de les défendre. Le système interaméricain de protection des droits de l'homme et les systèmes juridiques nationaux ont donc adopté le langage et les normes des droits de l'enfant. Le premier a consacré un *Corpus Juris* des droits de l'enfant, les seconds ont, en dix ans, fait un effort remarquable d'intégration de la CIDE.

Malgré cela, l'effectivité de ces droits reste le maillon faible. Les résultats ne sont pas à la hauteur des espérances qu'ils ont suscitées. Aucun auteur ne reconnaît à la Convention ou à ses développements ultérieurs le pouvoir de résoudre, à eux seuls, les abus dont sont victimes un grand nombre d'enfants. Depuis sa proclamation, et à la lecture des rapports annuels de l'UNICEF, on ne peut soutenir raisonnablement que la situation connaît une amélioration substantielle due aux progrès du droit.

Faut-il donc à l'issue de cette observation de l'intégration des droits de l'enfant dans les droits nationaux latino-américains se ranger du côté des promoteurs des droits de l'enfant ? Ils pensent que l'insistance sur les droits permettra qu'ils s'imposent aux gouvernements et qu'ils protègent les enfants, les principaux intéressés.

Ou bien, doit-on soutenir que les développements en abîme des droits des enfants ne sont que le masque d'une société mondiale dont le système de fonctionnement implique, en lui-même, une violation constante non seulement des droits, mais, plus important encore, des besoins vitaux de ses enfants ?

Faut-il concentrer les efforts de réflexion et d'action sur la réalité de la condition des enfants à partir de leurs droits reconnus ou à partir de la réalité de leurs vies ?

Pour les juristes latino-américains proches de l'UNICEF, le débat est tranché en faveur de la CIDE. Ils ont à partir de la Convention de New York élaboré un système de compréhension

des droits de l'enfant nommé « doctrine de la protection intégrale ». Ce système de pensée est propre à l'Amérique latine. Il a été inventé par des juristes engagés et consacré par la jurisprudence interaméricaine. Le Comité des droits de l'enfant a reconnu sa validité. Cette doctrine qui se veut tournée vers l'avenir s'est muée progressivement en une idéologie des droits de l'enfant influencée par la pensée anglo-saxonne. Elle combat d'un côté ce que nous avons appelé « l'ancien droit » des mineurs et de l'autre les développements les plus progressistes de la CIDE mis en pratique par les mouvements des enfants et adolescents travailleurs.

Emilio García Méndez et ceux qui ont développé ses intuitions n'ont pas fait la preuve de la justesse de l'hypothèse de départ, malgré une littérature abondante et austère. Promouvoir les droits de l'enfant n'a pas mécaniquement une conséquence positive sur leurs conditions de vie. L'exemple du Statut brésilien de l'enfant et de l'adolescent, élevé en paradigme par les doctrinaires, est en le constat, vérifiable. En s'attendant à la représentation de l'enfant plus qu'à la situation de l'enfant, les doctrinaires risquent de transformer la CIDE en imposture puisqu'elle est inopérante devant les questions qu'elle doit résoudre.

La contextualisation de la pensée juridique des promoteurs de la CIDE en Amérique latine montre en premier lieu que l'avènement de la CIDE est contemporain de la fin des dictatures. Le panorama s'élargit. D'emblée, cela a donné à la Convention internationale un rôle qu'elle n'avait pas prévu. Elle sera l'outil, le principal pour García Méndez, pour consolider la démocratie. Il rejoignait en cela une idée de la fin du dix-neuvième siècle théorisée par les premiers promoteurs des droits de l'enfant : de la démocratie dans les familles naîtra la démocratie au sein de l'Etat, oubliant que les rapports de protection au sein de la famille empêchent l'égalité des membres qui la composent.

Comme pensée idéologique, la doctrine de la protection intégrale s'intéresse peu aux critiques qui lui sont adressées. Abrisés par les thèses du philosophe italien Norberto Bobbio, les doctrinaires arguent que les droits de l'enfant ne peuvent et ne doivent être discutés puisqu'ils sont des droits positifs. Ils doivent s'appliquer. Il est vrai que le développement des droits subjectifs est difficilement remis en question dans un continent où ils ont été tant bafoués. Cela ne facilite pas le débat.

Devant l'insistance du fait, ils insistent sur le droit. Cette dialectique n'est pas nouvelle. Tomas More et Nicolas Machiavel sont contemporains. Le Prince (1513) contraste avec l'Utopie (1516). Droit et réalité sont alors comme des aimants qui se ressemblent et se

repoussent. Le premier n'arrive pas à attirer le second, insolent. Leur joute n'est que les prémices des trajectoires parallèles qu'ont prises l'un et l'autre. Elle a lieu peu de temps après la « découverte » du Nouveau Monde.

S'éloignant du fait, la doctrine fonctionne comme une idéologie. Elle contraste, en cela, avec les champs politiques et économiques qui, eux, se caractérisent par l'abandon de grands principes unificateurs. Pour les doctrinaires, le droit a une fonction pédagogique et doit montrer ce qui doit être. Tant les formes de production du droit comme son contenu sont remises en question.

La doctrine de la protection intégrale est une stratégie dont l'hypothèse de départ est de faire de la CIDE un des fondements de la démocratie. En agissant ainsi les doctrinaires se privent d'une réflexion plus approfondie sur le sens du droit et sur les conséquences probables d'une référence excessive aux droits de l'individu. Cette traduction des droits de l'enfant en une abstraction fonctionne alors comme un cadre duquel ceux qui tentent de s'y soustraire sont disqualifiés. Les gouvernements ont semble-t-il, retenus la portée symbolique du discours sur les droits. Ils l'ont pour la plupart absorbé dans les lois. La pratique en revanche reste controversée. Elle oscille entre une tentation sécuritaire devant la violence juvénile et une application résolue des droits de l'homme. Ce qui semble le plus nouveau dans cette alternative est la multiplication des garanties octroyées au citoyen et son corollaire qui est le contrôle de constitutionnalité. Devant la société revendicatrice, l'Etat autoritaire s'est mué en Etat négociateur. Cette mutation de l'autoritarisme à la négociation a rejoint les familles.

Les gouvernants parlent des droits « dans la mesure du possible » selon l'expression utilisée par l'ancien président chilien Patricio Alwyn peu de temps après son élection en 1990. L'irruption du principe de réalité est une douche froide pour les utopistes. Les ambitions se réduisent devant le principe de réalité. L'économiste Javier Santiso¹¹⁷⁵ parle de la « conversion possibiliste qui continue d'habiter la région ». C'est pour lui le triomphe du pragmatisme affranchi « d'idéologie politique et de paradigme économique ». Cette assertion, à juste titre, ne rencontre pas d'écho auprès des doctrinaires.

Certes la question de l'enfance ne peut être réduite à un simple pragmatisme d'autant plus qu'elle est le miroir déformé du monde adulte qui lui renvoie ses doutes...

¹¹⁷⁵ Santiso (2004).

La situation des enfants n'est pas réductible à leurs droits. Elle est le produit d'un long cheminement des sociétés et englobe de nombreuses questions devant lesquelles le droit reste silencieux. La tâche qui lui est confiée est démesurée.

Jamais autant étudié, l'enfant n'a jamais paru aussi insaisissable. Entre l'enfant protégé des classes moyennes et l'enfant travailleur des classes défavorisées, le fossé s'accroît. De ce fait coexistent des enfances que le droit peine à réunifier.

L'émotion du début du siècle devant les malheurs de l'enfant s'est transformée en débat passionnel. La passion actuelle devant l'enfant n'est que la traduction d'une inquiétude qui accompagne la globalisation. Sans ressources opératoires pour comprendre le monde, l'enfant devient le refuge du projectif. De la même manière, le droit se projette, se distribue, se subjectivise.

Dire que les enfants ont des droits, se traduit en droit par un cadrage plus important de l'Etat sur eux. Se profile un nouveau paternalisme d'Etat, omniprésent dans la Convention qui risque d'avoir comme conséquence un désinvestissement des parents à l'égard de leurs enfants. Il n'est pas sûr qu'il ne soit pas désavoué comme le fut le *pater familias* du droit romain et du Code Napoléon.

La finalité du Droit selon la CIDE est de viser le bonheur ou le mieux-être pour le plus grand nombre d'enfants. Concernant les droits économiques et sociaux, il s'agit de permettre l'accès aux services éducatifs et sanitaires, et concernant les droits civils d'éviter l'arbitraire.

En rejetant la notion d'enfant comme objet de droit, les théoriciens latino-américains de l'enfance courent le risque de se trouver en porte à faux entre des situations où l'enfant victime trouvera comme seule réponse de la société l'exercice d'un droit qu'elle est incapable de mettre en œuvre. Il est temps que le débat latino-américain sorte de ce manichéisme idéologique dans lequel il se trouve enfermé et qui l'empêche de relire d'une manière critique la question des droits de l'enfant. Ils ne préparent ni la société, ni les enfants à appliquer progressivement les nouvelles normes du droit de l'enfance.

Les sociétés latino-américaines sont, elles aussi, traversées par un principe de compétition atténué par un principe de solidarité. Le premier se traduit par une tentative de s'insérer dans le marché mondial et le second de limiter les conséquences sociales d'une concurrence souvent rude. C'est dans ce contexte global que se meuvent les droits de l'enfant. Ils sont eux même l'objet d'un tiraillement toujours présent entre le souci de protection et celui d'autonomie. La particularité latino-américaine a été de développer les principes de protection et d'autonomie jusqu'à aboutir à un antagonisme insoluble. L'enjeu actuel est, à l'inverse, la

recherche d'un équilibre. C'est ce que prétend le texte des Nations Unies, œuvre de compromis. C'est ce que refusent ses thuriféraires latino-américains au nom de la crainte d'un retour des autoritarismes. Les conséquences de leur doctrine sur les principaux intéressés, les enfants, n'ont pas été envisagées. La recherche d'équilibre est sans doute ce que l'on doit demander à une Convention internationale telle que la CIDE.

Le droit des enfants doit proposer de déterminer la proportion la plus juste entre plusieurs intérêts : équilibre entre les droits de l'enfant et leurs devoirs, équilibre entre l'autorité des parents et l'autonomie de leurs enfants, entre le rôle de la famille et celui de l'Etat, enfin équilibre entre l'idéalisme des défenseurs des enfants et la prise en compte de leur situation. C'est une finalité du droit. Il ne serait alors plus un droit exclusif. Le débat est ouvert. C'est l'essence même de la démocratie que de le favoriser.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, articles : Droits de l'enfant, doctrine latino-américaine

Alvear Valenzuela, M.S. « Comentario al proceso de reforma legislativa en Chile », in *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez, Beloff, (Coord) Editorial Temis, Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1998.

Batista Costa, J. « El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y de la adolescencia », *Justicia y derecho*, n° 2, UNICEF, Santiago, 2000.

Baratta, A. « La situación de la protección del niño en América Latina », *Conférence du Séminaire Infancia, Adolescencia y políticas sociales* in UBA/ Fundación Pibes Unidos, Buenos Aires, 1992.

Beloff, M. « La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del niño en el ámbito interno », in *La Aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Abregu, M. y Courtis, C. (comp.), CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Beloff, M. « Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: Comentario a la sentencia Villagran Morales y otros », in *Revista Mas derecho?*, Di Placido, Buenos Aires, 2000.

Beloff, M. « Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar », *Justicia y derechos del niño*, n° 1, Santiago, novembre 1999.

Beloff, M. « Niños, jóvenes y sistema penal: abolir el derecho que supimos conseguir? », *Conférence du cinquième congrès universitaire latino-américain de droit pénal et de criminologie*, Santiago, mai 1993.

Beloff, M. « Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: condición jurídica y derechos humanos del niño », in *Justicia y Derechos del Niños* n°6, UNICEF, Santiago, novembre 2004.

Beloff, M. « Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Comentario a la sentencia Villagran Morales y otros », in *Revista mas derecho*, Di Placido, Buenos Aires, 2000.

Bonasso, A. « Hacia un sistema de protección integral para la infancia y la adolescencia », Instituto Interamericano del Niño, *Conférence*, Guatemala, octubre 2001. (en ligne): http://www.iin.oas.org/conferencia_Guatemala.htm.

Gomes da Costa, A.C. *Niños y niñas de la Calle: Vida, pasión y muerte*, UNICEF, Buenos Aires, 1997.

Cavagnaro, M.V. *Eficacia de los mecanismos de protección de los derechos de los niños en el ámbito americano*, Tesis para la Maestría en Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa María de La Rábida, 2003.

Cillero Bruñol, M. « Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios », in *Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, n° 234, octubre 1997.

Cillero Bruñol, M. « El Interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño », in García Méndez E. Beloff, M. (coord.), *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Temis/Depalma, Bogotá, 1998.

Cillero Bruñol, M. « Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva », in *Justicia y derechos del niño*, UNICEF, n° 3, Santiago, 2001.

Cillero Bruñol, M. *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, IIN-FLACSO, Santiago, 1993.

Collectif. *Niños, niñas y adolescentes involucrados en conflictos armados*, Institut Interaméricain de l'Enfant, Document de travail dans le cadre du plan stratégique 2000-2004, IIN, Montevideo, 2002.

Cortés Morales, J. L. « Convención de los derechos del niño como instrumento internacional de derechos humanos », in *Infancia y derechos humanos: discurso, realidad y perspectivas*, Corporación Opción, Lom, Santiago, 2001.

Cortes Morales, J.L. « A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años la convención internacional de los derechos del niño: el desafío pendiente », in *Justicia y derechos del Niño*, n° 1, UNICEF, Santiago, noviembre 1999.

Couso Salas, J. « Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y de programas entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos », in *Justicia y Derechos del Niño*, n° 1, UNICEF, Santiago 1999.

Da Costa, A.C. *Niños y niñas de la calle, vida, pasión y muerte*, Colección derechos, UNICEF, Buenos Aires, 1998.

García Méndez, E. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina*, Forum Pacis, Bogotá, 1995.

García Méndez, E. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral, Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, deuxième édition, Forum Pacis, Bogotá, 1997.

García Méndez, E. « Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencia », in *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral: Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, (1997).

García Méndez, E. « La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina, notas para la construcción de una modesta utopía », *Revista Justicia y Derechos del Niño* n° 3, UNICEF, Santiago, 2001.

García Méndez, E. « La Convención Internacional de los derechos del niño y las políticas publicas », In *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, (1997).

García Méndez, E. « Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias », En *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Edition Del Puerto. Buenos Aires, 1998.

García Méndez, E. « Los sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina y las exigencias de la Democracia: Antecedentes, características, tendencias y perspectivas », In *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, (1997).

García Mendez, E. « Familia, escuela y democracia: los pilares de la participación de los niños y adolescentes », en *Derecho a Tener Derechos*, UNICEF, IIN. Montevideo, 1999.

García Méndez, E. « Infancia : legalidad democrática, derecho y realidad », in *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, (1997).

García Méndez, E. « La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes de América Latina, notas para la construcción de una modesta utopía », in *Justicia y derechos del niño*, n°3, Santiago, diciembre 2001.

Gomes da Costa, A.C. « Futuro de las políticas publicas para la infancia en América Latina » in *IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia*, La Paz, octubre 1995.

IIN. *Comentarios del Instituto Interamericano del Niño a la Opinión Consultiva Número 17 de 28 de agosto del 2002 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, CIDH, Venezuela, Juillet 2003.

Leon, A.T. « Promoción de una cultura de derechos: rol de la familia, el estado, la sociedad civil y los medios de comunicación », Conférence, *Annales du XIXème Congrès Panaméricain de l'enfant*, IIN, Mexico, 27-29 octobre 2004.

O'Donnell, D. « La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia », *Annales du XIXème Congrès Panaméricain de l'Enfant, Mexico*, IIN, 27-29 octobre 2004.

Obando, M. et Portillo Mejía, R. *Código de la niñez y de la Adolescencia de Honduras*, Congreso Nacional De Honduras, Tegucigalpa, 2002.

Pilotti, F. « Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile », *Seminario El Estado y los Niños Mirando al Tercer Milenio*, Santiago, Chile, 12-13 août 1993, IIN, Montevideo, 1994.

Seda, E. « Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil », in En: García Mendez, Emilio y Beloff, Mary (Compiladores): *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

Salinas Beristein, L. *Derecho, género e infancia: mujeres, niños y niñas y adolescentes en los códigos penales de América Latina y el Caribe hispano*, Universidad Autónoma Metropolitana, UNICEF, Mexico, 2002.

Seda, E. « Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente », in *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para la reforma legislativa*, Galerna, Buenos Aires, 1992.

Documents des Nations Unies

Alston, P. et Gilmour-Walsh, B. *El interés superior del niño, hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*, Internacional Child development Center, UNICEF, Florence, 1997.

Annan, K. Rapport du Secrétaire général, « Nous, les enfants : examen de fin de décennie de la suite donnée au Sommet mondial pour les enfants » du 4 mai 2001, A/S-27/3, Session extraordinaire sur le Droit des Enfants des Nations Unies, UNICEF, New York, 2002. (en ligne)
http://www.unicef.org/french/publications/files/pub_sgreport_adapted_fr.pdf

Arriagada, I. *Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas*, Revista de la CEPAL n°77, Santiago, Août 2002.

Balbis, J. *ONG, gobernanca y desarrollo en América latina y el Caribe, Gestión de las transformaciones sociales*, Documentos de debate No. 53, UNESCO, Paris, 2001.

Banque Mondiale. *Au delà de la croissance économique Entreprises publiques et privées : Trouver le bon dosage*, Banque Mondiale, 2000. (en ligne)
<http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondfr/chapter11.html>.

Bronstein, A.S. *Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina*, OIT, San José, juin 1998. (en ligne): <http://www.oit.or.cr/oit/papers/pasado.shtml>.

Cáceres, P. *Estudio de Desarrollo Legislativo*, OIT, Oficina Regional para América Latina y El Caribe, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, Pérou, Septembre 2001.

CEPAL. *Panorama Social de l'Amérique latine 2002-2003*, CEPAL, Santiago, 2004.

CEPAL. *Annuaire Statistique de la CEPAL*, Santiago, 2004.

CEPAL. *Panorama Social de l'Amérique latine*, CEPAL, Santiago, 1997.

CEPAL. *Marginados en México, El Salvador, Nicaragua y Panamá*, CEPAL, LC/MEX/L.488, 23 août 2001. (en ligne)
<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/doc/not/libro266/libro266.pdf>.

Commission interaméricaine des droits de l'homme. *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118Doc. 5 rev. 1, 29 décembre 2003.

Commission des droits de l'homme. « El Proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA): una grave amenaza para los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos americanos », Intervention écrite présentée par le Cetim et la AAJ, E/CN.4/2003/NGO/177, New York, 2003.

Comité des droits de l'enfant. *Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales : Argentine*, 31èmesession CRC/C/15/add187, 9 octobre 2002.

Commission Interaméricaine des droits de l'Homme. *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Brésil*, OEA/Ser.L/V/II.97, 1997.

Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. 1, 29 décembre 2003.

Coomaraswamy, P. *Rapport de l'envoyé spécial sur l'indépendance des magistrats selon la résolution 2001/39 de la Commission : Guatemala*, Nations Unies: Conseil Economique et Social, Commission des Droits de l'Homme, 58^e période de sessions, E/CN.4/2002/72/Add.2, 21 décembre 2001.

Cornia, G. Jolly, R. Stewart, F. *L'Ajustement à visage humain: protéger les groupes vulnérables et favoriser la croissance*, UNICEF, Economica, Paris, 1987.

Della Porta A. « Ethique et développement peuvent-ils faire bon ménage ? », *Bulletin du BID*, janvier 2001. (en ligne) : <http://www.iadb.org/idbamerica/French/JAN01F/jan01f6.html>.

Doek, J. Cantwell, N. *The United Nations Convention on the Rights of the Child, A Guide to the « travaux préparatoires »*, MNP publisher, Dordrecht, Boston 1992.

FAO. *L'Etat de l'insécurité alimentaire dans le monde*, FAO, 2003.

Gerchunoff, P. et, Greco, E. et Bondorevsky, D. « Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: más de una década de privatizaciones en Argentina, 1990-2002 », Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES *Serie Gestión Publica* n°34, Santiago de Chile, 2003.

Grant, K. UNICEF en las Americas, *Para la infancia de tres decenios, serie historia del UNICEF*, monografía IV, UNICEF, octubre 1996.

Hurtado, O. *Gobernabilidad, Democracia y pobreza Estrategias para reducir la pobreza en América Latina y el Caribe*, PNUD, Quito, 1997.

Konishi, M. *La convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*, Contribution de l'UNESCO à la protection des droits de l'homme, compte rendu présenté au Centre d'études et de recherches de Droit international et de Relations internationales à l'Académie de Droit international, Palais de la Paix, La Haye, août-septembre 1967.

Lansdown, G., *La evolución de las facultades del niño*, Centro Innocenti, UNICEF, 2005.

Nations Unies, *Droits civils et politiques, notamment les questions concernant : les disparitions et les exécutions sommaires, Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Additif Mission au Honduras*, Rapport de Asma Jahangir, Commission des droits de l'homme du Conseil Economique et Social, cinquante neuvième session, juin 2002, E/CN.4/2003/3/Add.2.

Nations Unies, *Le droit à l'alimentation*, Rapport présenté par Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, conformément à la résolution 2001/25, Commission des droits de l'homme du Conseil Economique et Social, cinquante-huitième session Nations Unies, E/CN.4/2002/58, New York, 10 janvier 2002.

OIT, *Trabajo infantil en los países andinos Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru y Venezuela*, Oficina Regional Para América Latina Y El Caribe, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, OIT, 1998.

Paz, J. et Guzmán, J.M et Martínez J. et Rodríguez J. « América Latina y el Caribe: dinámica demográfica y políticas para aliviar la pobreza », *Serie Población y Desarrollo*, n°53, CEPAL, Santiago, juin 2004.

Pilotti, F. « Globalización y Convención sobre los derechos del niño : el contexto del texto », CEPAL, *serie Políticas Sociales* n°48, Santiago, Mars 2001.

Pinto, G. « Recepción de la CDN en el Sistema Normativo Mexicano. Diagnóstico Jurídico y Propuestas para su Adecuación Sustancial », *Serie Documentos de Trabajo de UNICEF*, n°1, México, 2000.

PNUD. *Rapport sur le développement humain*, PNUD, 2004.

UNICEF. *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina (1993-2004)*, Santiago, UNICEF, OHCHR, 2004.

UNICEF. « La niñez y sus derechos, La niñez en el conflicto armado colombiano », *Boletín* No. 8, UNICEF, Defensoría del Pueblo, 2002.

UNICEF. « Legalidad y crisis en la argentina actual », *Justicia y derechos del niño*, n°3, UNICEF, Santiago, 2001.

UNICEF. *El trabajo del defensor de los niños*, Innocenti digest UNICEF, Innocenti Research Centre, 1997.

UNICEF. *La situation des enfants dans le monde*, UNICEF, 1998.

UNICEF. *Tensión entre derecho a la educación y libertad de enseñanza*, Ciclo de Debate : Desafíos de la política educacional, UNICEF, Avril 2000.

UNICEF. *La Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación chilena, un esfuerzo que recién comienza*, Document de travail N°1, Santiago, 2003.

UNICEF. *Un monde digne de nous*, Forum des enfants, New York, 5-7 mai 2002.

UNICEF. « El problema con las cifras, Justicia Juvenil », *Innocenti Digest*, série 3, UNICEF, ICDC, Florence, 1998.

Ouvrages, thèses, mémoires

Acollas, E. *Les droits du peuple*, Cours de droit politique, Blot, Paris, 1873.

Arendt, H. *La crise de la culture*, Folio Essais, Paris, 1972.

Ariès, P. *L'Enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, Paris, 1975.

Barret-Kriegel, B. *Les droits de l'homme et le droit naturel*, PUF, Paris, 1989.

Becchi, E et Julia, D. *Histoire de l'enfance en Occident, le XIXème siècle*, Seuil, Paris, 1998.

Benachenhou, A. *La tyrannie des droits de l'homme blanc, riche, mâle et adulte*, Publisud, Paris, 2000.

Bergel, J.L. *Théorie Générale du Droit*, Dalloz, Paris, 1985.

Bernand, C. *Histoire de Buenos Aires*, Fayard, Paris, 1997.

Blanquer, J.M, Trindade H. (dir), *Les défis de l'éducation en Amérique latine*, IHEAL, Paris, 2000.

Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

Bouchut, E. *Hygiène de la première enfance*, J.B. Baillière et fils, Paris, 1874.

Brisset, C. *Un monde qui dévore ses enfants*, Liana Levi, Paris, 1997.

Buchan, G. *Medecine Domestique*, traduit de l'anglais par J. Duplenil chez G. Desprez, imprimeur ordinaire du roi et du clergé de France, Paris, 1786.

Carbonnier, J. *Droit et passion du droit sous la cinquième république*, Forum Flammarion, Paris, 1996.

Carbonnier, J. *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, Paris, 1994.

Carbonnier, J. *Flexible Droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, cinquième édition, Paris, 1983.

Centre Tricontinental. *Les ONG : instruments du néo-libéralisme ou alternatives populaires?*, L'Harmattan, Paris, 1998.

Chaunu, P. *Histoire de l'Amérique latine*, Que sais Je, PUF, quinzième édition, Paris, 2004.

Chevallier, J. *L'Etat postmoderne*, LGDJ, 2004

Chioussé, S. *Divins thérapeutes la santé au Brésil revue et corrigée par les Orixás*, Thèse de doctorat nouveau régime en sociologie, anthropologie sociale sous la direction du Professeur François Raveau, EHESS, Paris, juin 1995, (version révisée 1999).

Collectif. *La Révolution Française, la péninsule ibérique et l'Amérique latine 1789/1989*, Bibliothèque de Documentation Internationale Contemporaine CNRS, Réseau Amérique latine, Paris, 1989.

Costa Leite, L. *Les enfants des rues du Brésil XVIème-XXème siècle*, Recherches Amériques Latines, L'Harmattan, Paris, 2003.

Cunningham H. *The Children of the Poor: Representations of Childhood since the Seventeenth Century*, Oxford: Blackwell, 1991.

Cuvillier, A. *Cours de Philosophie*, Le Livre de Poche, Paris, 1954.

Dabène, O. *L'Amérique latine au XX siècle*, Armand Colin, Paris, 1996.

de Gerard, G. *Le travail des enfants et le droit international*, Université Paris I, Mémoire de DEA de droit international et organisations internationales, sous la direction de P.M Eiseman, Paris, 2000.

De Mause, L. *La evolución de la infancia, Historia de la infancia*, LI, Madrid, 1991.

Dekeuwer-Defossez, F. *Les droits de l'enfant*, Puf, Paris, 1991.

Delmas-Marty, M. *Etudes comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, Paris, 2003.

Deraisme, M. *Les droits de l'enfant*, conférence de Maria Deraisme (1876), Mario Mella, Lyon, 1999.

Desjardins, R. *L'institutionnalisation de la pédiatrie en milieu franco-montréalais 1880-1980. Les enjeux politiques, sociaux et biologiques*, Département d'histoire, Faculté des arts et des sciences, Université de Montréal, 1998.

Dezalay, Y. et Garth, B. *La mondialisation des guerres de palais : la restructuration du pouvoir d'Etat en Amérique latine, entre notables du droit et Chicago boys*, Seuil, Paris, 2002.

Dodson, F. *Tout se joue avant 6 ans*, Marabout, Paris, 1996.

Dolto, F. *la cause des enfants*, Le Livre de Poche, Paris, 1985.

Donzelot, J. *la police des familles*, Minuit, Paris, 1977.

Duclos. M. *Rome et le droit*, Le Livre de Poche, Paris, 1996.

Dumont, J. *la Vraie Controverse de Valladolid*, Critérian, 1995.

Dupuis, P.M. *Droit Internacional Public*, Dalloz, 5ème ed, Paris, 2000.

Faux, F. *Les maras, gangs d'enfants*, Revue Autrement-Frontière, Paris, 2006.

Foucault, M. *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1987.

Freeman, M. et Veerman, P. *The Ideologies of Children's Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992.

Fuller, E. *The Right of the Child, A Chapter in Social History*, Beacon Press, Boston, 1951.

Galeano, E. *Apuntes para el fin de siglo*, Lom, Santiago, 1997.

Galeano, G. *Patas arriba*, Siglo Veintiuno, 6ème ed, Mexico, 2001.

Garcia Villegas, M. *La eficacia simbolica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá, 1993.

Gaume, Abbé. *Histoire de la Famille*, Gaume Frères Libraires-editeurs, Paris, 1844

Gavarini, L. *La passion de l'enfant*, Coll. Pluriel, Denoel, Paris, 2001.

Gomez, T. *L'invention de l'Amérique*, Flammarion, Paris, 1992

Grubits, S. *L'identité infantile en construction chez les Guarani-Kaiowa du Brésil, approche sémiotique*, Thèse de doctorat sous la direction de M. Constantini, Ethnologie, Université de Paris 8, 2000.

Herzog, J.B. *La protection juridique et sociale de l'enfant au Bresil*, Agen, 1951.

Himelda Ramirez, M. *Las diferencias sociales y el género en la asistencia social de la capital del Nuevo Reino de Granada, siglos XVII y XVIII*, Doctorat d'histoire de l'Amérique, Université de Barcelone, Département d'Anthropologie sociale et d'Histoire de l'Amérique et d'Afrique, Barcelone, 1998.

Houssaye, J. *Janusz Korczak, L'amour des droits de l'enfant*, Hachette Education, Paris, 1999.

Human Rights Watch. *Aprenderás a no llorar: Niños Combatientes en Colombia*, HRW, New York, 2002.

Kelsen, H. *Théorie générale du droit et de l'Etat* (1945), LGDJ, Paris, 1997.

Kliksberg, B. *Hacia una Economía con Rostro Humano*, Fondo de Cultura Económica Buenos Aires, 2003.

Laé, J.F. *L'instance de la plainte*, Descartes et cie, Paris, 1996.

Lacroix, E. *Les droits de l'enfant*, Ellipses, Paris, 2001.

Lafargue, P. *le droit à la paresse (1883)*, François Maspero, Paris, 1969.

Le Goff, J. *Histoire et Mémoire*, Gallimard, Paris, 1988.

Lestage, F. *Anthropologie de la petite enfance à Laraos, Andes péruviennes*, Thèse de doctorat en Anthropologie sociale et ethnologie, sous la direction de C.Bernand, EHESS, Paris, 1992.

Livia de Tomasi, M. *En quête d'identité : les luttes pour la défense des droits de l'enfant et de l'adolescent au Brésil et la question de la participation*, Thèse de doctorat, sous la direction d'Y. Goussault, Sociologie, Paris, Université Paris I, IEDES, 1997.

Locke, J. *De l'éducation des enfans*, traduit de l'anglais par M. Coste, 7ème édition, Lausanne 1759.

Lucchini, R. *Sociologie de la survie: l'enfant dans la rue*, PUF, Paris, 1996.

Malinsky, M.P. *Le placement de l'enfant : quels contextes ? Quelles conséquences ? Quelles approches ?*, Thèse pour le diplôme d'Etat de docteur en médecine, sous la direction de J. Malka, Qualification en Psychiatrie, Faculté de médecine, Université d'Angers, 2005.

Mamoud, Z. *La Convention internationale des droits de l'enfant : Portée et Limite*, Publisud, Paris, 1996.

Marx, K et Engels, F. *le Manifeste du parti communiste*, Edition sociale, Paris 1961.

Marx, K. *La question juive (1843)*, Aubier-Montaigne, Paris, 1969.

Meirieu, P. *Le pédagogue et les droits de l'enfant : histoire d'un malentendu*, Tricorne, Genève, 2002.

Meirieu, P. et. Delevay, M. *Emile reviens vite...ils sont devenus fous*, ESF, Paris, 1992.

Mestrum, F. *Mondialisation et pauvreté - l'utilité de la pauvreté dans le nouvel ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2002.

Minotti-Vu Ngoc, D. *Marginalité et répression en Colombie : le cas du « nettoyage social »*, Thèse de Doctorat, sous la direction de Charles Lancha, Université Stendhal-Grenoble III, U.F.R. de Langues, Lettres et Civilisations étrangères, Département d'Etudes ibériques et ibéro américaines, juin 2002.

Miralles Sangro, P.P. « La importancia de los derechos humanos y la protección del menor para el derecho internacional privado convencional: regionalismo, universalismo y globalización » in Y. Gómez Sánchez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión nacional de los derechos humanos, Mexico, 2004.

Noël, J.L. *L'invention du jeune enfant au XIXe siècle : de la salle d'asile à l'école maternelle*, Belin, Paris, 1997.

Platt, A. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, Siglo veintiuno, Mexico, janvier 1982.

Pierre, E et Dupont-Bouchat, M.S. (dir), *Enfance et justice au XIXe siècle. Essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance (1820-1914). France, Belgique, Pays-Bas, Canada*, Presses universitaires de France, Paris, 2001.

Renaut, A. *La libération de l'enfant*, Calman-Levy, Paris, 2002.

Revet, S. (sous la direction de Jean Michel Blanquer), , *Usage alternatif du droit et transformation sociale. Appropriation, utilisation et élargissement de la notion de droit au Chili sous le régime militaire puis en période de transition démocratique*. Université de Paris III Sorbonne Nouvelle, IHEAL, Diplôme d'Etudes Spécialisées sur l'Amérique latine, Option : Sociologie –Anthropologie, Paris, 2001.

Rios-Cohn, R. *The Impact of the United Nations Convention on the Rights of the Child on UNICEF Mission*, Transnational Law and Contemporary Problems, Iowa, 1996.

Rouquié, A. *Amérique latine*, Le Seuil, Paris, 1998.

Rousseau, J.J. *Emile ou de l'éducation (1762)*, Flammarion, Paris, 1999.

Roussel, L. *L'enfance oubliée*, Paris, Odile Jacob, Paris, 2001.

Rubellin-Devichi, J. et Frank R, *L'enfant et les Conventions Internationales*, PUL, Lyon, 1996.

Salinas, M. *Historia del pueblo de Dios en Chile*, Cehila, Rehue, Santiago, 1987.

Shein, Max. *El niño precolombino*, Villicaña, Mexico, 1986.

Shorter, E. *Naissance de la famille moderne*, Seuil, Paris, 1977.

de Suremain C-E. Lefèbre P. Rubin de Celis E, Sejas E, *Miradas cruzadas en el niño*, IFEA / IRD / Plural, Lima, 2003

de Tocqueville, A. *De la Démocratie en Amérique*, Pagnerre éditeur, 5ème édition, Paris, 1848.

Uslar-Pietri, A. *En busca del nuevo mundo*, Fondo de Cultura Económica, 2 edition, México, 1981.

Vayssièrè, P. *Un siècle de capitalisme minier au Chili 1830-1930*, CNRS, Paris, 1980.

Vayssièrè, P. *l'Amérique latine de 1890 à nos jours*, Hachette, Paris 1996.

Veerman, P. *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Dortrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

Verhellen, E. *Convention on the Rights of the Child : Background, Motivation, Strategies, Main Themes*, Garrant, Louvain, 994.

Villey, M. *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1990.

Villey, M. *Philosophie du Droit*, Dalloz, quatrième édition, Paris, 1986.

Youf, D. *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Paris, 2002.

Zweig, S. *Amerigo, récit d'une erreur historique*, Le Livre de Poche, Paris, 1996.

Articles, conférences

Affre, N. « Ong et régulation étatique en Amérique Centrale », in Deler, Fauré, Piveteau, Roca (1998).

Alarcón, W. « Enfoques de política en torno al trabajo de niños y adolescentes en América Latina », *Realidad & Utopía* n°1, Lima, 1996.

Algar, G. « Los pepenadores de Mexico DF », *Agencia de información Solidaria*, Mexico, 24 juin 2004.

Alliot, M. « Anthropologie et Juristique », Communication au Colloque de Goutelza-en-Forez, in *Bulletin du Lajp*, n°6 janvier 1983.

Alzate Piedrahita, M.V. « El 'descubrimiento' de la infancia: historia de un sentimiento », *Revista de ciencias humanas* n°30, Universidad tecnológica de Pereira, Colombie, décembre 2002.

Amnesty Internacional. « 'Nos tratan como animales', Tortura y malos tratos en Brasil: deshumanización e impunidad en el sistema de justicia penal », AMR 19/022/2001, Londres, octobre 2001.

Amnesty International. *Les mineurs face a la peine de mort, Les exécutions recensées dans le monde depuis 1990*. Document Public, Index AI : ACT 50/007/02, Londres, septembre 2002.

Ardito Vega, W. « Los peligros del relativismo cultural », *La Insignia*, Pérou, 13 novembre 2004.

Ariès, Philippe. « L'enfant : la fin d'un règne », *Revue Autrement* n°3, Paris, Automne 1975.

Aries, Paul. « L'enfant, nouveau sujet de droit », *Encyclopédie Universalis*, 1989.

Avila Santamaría, R. « El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convencion de los derechos de los niños », *Revista aportes andinos*, marzo 2003. (en ligne): <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista5/analisis5.htm>

Aylwin, J. « Derechos Humanos: los desafíos para un nuevo contexto », *Vida y Derecho*, n° 10, vol 4, Santiago, septembre 1992.

Barret-Kriegel, B. « L'Etat de Droit et l'histoire de l'Occident », in L'Etat de Droit, *Problèmes politiques et sociaux* n°898, mars 2004.

Bartolomei, M.L. « Diversidad en la conceptualización de los derechos humanos: diversidad cultural en America Latina », *El otro derecho* vol 19, ILSA, Bogotá, octobre 1995.

Bartolomei, M.L. « *La implementación del convenio sobre los derechos del niño* », Instituto Internacional de Sociología Jurídica, *Acte du Congrès*, Oñate, Espagne, juillet 1999.

Baudrillard, J. « Le continent noir de l'enfance », *Libération*, 16 octobre 1995.

Baufumé, I. *Leur vie dans leur ville, Les enfants qui travaillent dans les rues à Cusco (Pérou)*, document de l'association Qosqo Maki, Lima, 1998.

Betto F. « Pedagogía de los derechos humanos », *Revista del Sur* n°46, Montevideo, juillet 1995.

Beuchot, M. « Humanismo indígena y derechos humanos », *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (UNAM), VI, Mexico, 1994.

Birn, A.E. « Going Global: Uruguay, Child well-being and International Health 1890-1940 », *JLI*, Working Paper 1-4, Université de Toronto, Mars 2004 (en ligne)
<http://www.globalhealthtrust.org/doc/abstracts/WG1/BirnPAPER.pdf>

Blanca, A. « Les gangs en Amérique Centrale, un fléau incontrôlable », Ecrit pour Ciberamerica.com en septembre 2003, Risal, 2004. (en ligne) : http://risal.collectifs.net/article.php3?id_article=813

Blanco, A. *La decadencia argentina, más pobreza y más desigualdad*, Observatorio de la Economía Latinoamericana, N° 37, 2005.

Blanquer, J.M. « Entre « Etat de Droit » et « société de droit, » : l'Amérique latine à la recherche d'un concept directeur », in *Forum développement et culture*, BID, Unesco, Paris, 11 et 12 mars 1999.

Blanquer, J.M. « Consolidation démocratique ? Pour une approche constitutionnelle », *Revue Pouvoirs* n°98, 2001.

Blanquer, J.M. « Colombie : les droits sans l'Etat », *Problèmes d'Amérique latine* n°1044, 2002.

Bolívar, S. *Lettre de Jamaïque*. Kingston, 6 septembre 1815.

Bonilla, P. « Necesidad y ventajas de la educación de la mujer, Discurso de incorporación a la academia de Honduras », in *Pensamientos Pedagógicos Hondureños*, colección letras hondureñas n°64, Universitaria, Tegucigalpa, Honduras, février 1994.

Breen, C. « The United Nations Convention on the Rights of the Child : Is a Rights based Approach right for the Child ? », Student Human Rights Law Centre, Nottingham University, Vol 2, °1, 1 octobre 1996.

Brougère, G. *Dépendance et autonomie - Représentation et place de l'enfant dans les sociétés contemporaines*. Office franco-allemand pour la Jeunesse, 1999 (en ligne)
<http://www.ofaj.org/paed/texte2/enfants.html>

Cantwell, N. « Les organisations non gouvernementales et la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », 2 *Bulletin des droits de l'homme*, p. 16 1991.

Carcassonne, G. « Société de droit contre Etat de droit », in *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996.

Carvajal, M. « La cruzada contra una adolescente », *Página 12*, 15 avril 2000.

CEJIL. *Construyendo los derechos del niño en las Américas*, Save The Children, Londres, 2003.

Child Rights Caucus. *A position paper from the Chile Rights Caucus on the Draft Provisional outcome document A World fit for children*, 31 janvier 2001.

Child Rights Caucus. *National-level Follow-up to the UN Assembly Special Session on Children. A report from 67 Countries*, janvier 2003.

Colectivo de ONG's de Infancia y Adolescencia. *Informe de Organizaciones No Gubernamentales argentinas sobre la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño*, Argentine, février 2002.

Colegio de Profesores. *Financiamiento de la educación en Chile*. Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo, Santiago, avril 2002.

Collectif. « Dossier : de la participation à la citoyenneté », *Réussir Education*, Les Francas, n°44, Paris, 2000.

Comision Andine de juristes. *Rapport sur la situation des droits de l'homme et du droit humanitaire en Colombie*, Bogotá, 20 mars 2003,

Coomans, F. *Identifying violations of the Right to Education*, Netherlands Institute of Human Rights, SIM N° 20, Utrecht, 1998.

Cussianovich, A. *Algunas premisas para la reflexión y las prácticas sociales con niños y adolescentes trabajadores*, Radda Barnen, Pérou, 1997.

Daroqui, A. et Guemureman, S. « La construcción del sujeto menor una mirada a las practicas de exclusión social », *Jornadas de investigadores de la cultura del instituto Gino Germani*, Buenos Aires, novembre 1998.

Davallos, J. *Derechos de los menores trabajadores*. Universidad Autónoma de México, 2000.

De Venanzi, A. et Hobaica, G. « Niños de la calle. ¿Una Clase Social? », *Trabajo y Sociedad*, Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas, N° 6, vol. V, Santiago del Estero, Argentina, juin-septembre 2003.

Dekeuwer-Defossez, F. *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*. Rapport au garde des sceaux, Paris, Septembre 1999.

Delmas-Marty, M. « Droits de l'homme et systèmes de droit », *Le Débat*, n° 83, Paris, janvier-février 1995.

Deluchey, J.F. « Entre le Droit, la Loi et l'Ordre: les jeunes dans un étai? L'exemple de l'Etat du Para (Brésil) Jeunesses Marginalisées », *La revue du Grejem*, n°1, 2001.

Dokhan, M. « Les avatars de la puissance paternelle: de l'infini au zéro ? », in *L'enfant des limites*, Numéro 48, *La Lettre de l'enfance et de l'adolescence* (Revue du Grape) dirigée par Henri De Caevel et Françoise Petitot, Editions Eres, Paris, 2002.

Dolto, F. *Une conversation avec Philippe Ariès*. Macroscopie, France Culture, septembre –octobre 1977. (en ligne) : <http://xoroi.com/ariesdolto.htm>

Dupont-Bouchat, M. « Le père, l'enfant et l'Etat. Les débats relatifs aux lois protectrices de l'enfance (Belgique, 1888-1914) », *Lien social et Politique*, Riac n° 44 Automne 2000.

Eijkemans, G. et Varillas Vilchez, W. *Los héroes cotidianos: la salud de los trabajadores en el Peru: situación y perspectivas*, Organización Mundial de la Salud Lima, 1998.

El Clarín. « El caso que derivo en una ley », *El Clarín* 26 juin 2002.

Ennew, J. « History of Children's Rights: Whose Story », in *Rethinking Childhood*, Cultural Survival Quarterly, Cambridge, 1999.

Espinoza, M.C. « Infancia Chile, Retroceso en sistema de justicia juvenil », *Inter Press Service News Agency*, mai 2005.

Facundo Hernandez, J. « Del sistema tutelar a las políticas sociales », primera conferencia internacional de justicia juvenil, Salamanca, 2004.

Fager, C.E. et Buso, S. et Canay, M.F. « La dichosa Convención », in *Kairos* n°12 Revista de temas sociales, 1er semestre 2003.

FIDH, MDM. *El Salvador : Violations flagrantes du droit à la santé. La Santé entre service public et privatisation : un privilège aujourd'hui, un luxe demain ?*, Rapport de mission d'enquête internationale, mars 2004.

(en ligne) <http://www.fidh.org/IMG/pdf/salvador373frbis.pdf>

Falk, R. « Souveraineté et Droit de l'Homme : comment concilier ces deux concepts », *Democratie et Droits de l'homme, Revue électronique du département d'Etat des Etats-Unis*, volume 8, numéro 1, mai 2000.

Finkelkraut, A. « Droit de l'Enfant, la nouvelle statue de Pavel Morozov », *Le Monde* 9 janvier 1990.

Fix-Zamudio, H. *Los tratados internacionales de derechos humanos. V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, UNAM, Mexique, 1998.

Fonseca, C. « Derechos de los más y menos humanos », *Horizontes Antropológicos*, año 5, n° 10, Porto Alegre, mai 1999.

Frydman, B. « Le droit, de la modernité à la postmodernité », *Réseaux*, Revue interdisciplinaire de philosophie morale et politique, n°88-90, Université de Mons-Hainaut, Bruxelles, 2000, p. 67 à 76.

Gallardo Frías, E. « Imputabilidad Penal, Sanciones y Justicia en Jóvenes y Adolescentes », *Parlamento Latinoamericano*, Primera Sesión Sao Paulo, Brasil, 2,3 y 4 décembre 1999.

Garcia Londoño, C.E. « Los niños trabajadores de Medellín a principios del siglo XX », *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Numero 42, Volumen XXXIII, Bogotá, 1996.

Gauchet, M. « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, n°110, mai-août 2000, p. 258 à 288.

Guerra Lopez, R. *Afirmar la persona por si misma*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Mexico, 2003.

Gutierrez de Colmenares, C.M. « Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala », *Ius et Praxis*, vol.9, no.1, p.117-156, Chile, 2003.

Guy, D. « The Pan American child congresses, 1916 to 1942: Pan Americanism, child reform, and the welfare state in Latin America », *Journal of Family History*, vol 23, Canada, Juillet 1988.

Hardy, Y. « Paradoxes Brésiliens », *Le monde diplomatique*, janvier 1999.

Hardy, Y. « Les enfants oubliés du Chili », *Le monde diplomatique*, janvier 1999.

Hardy, Y. « L'affaire pinochet ou la transition inachevée, les enfants oubliés du Chili », *Le Monde Diplomatique*, janvier 1999.

Henry, J.P. « L'évolution du droit sape les fondements de l'Etat de droit », *Problèmes Politiques et sociaux*, l'Etat de droit, La documentation française, mars 2004.

Honhon, Y. « L'enfant et le droit », *Colloque interdisciplinaire* organisé par D.U.N.E.S, Université de Nantes, Mercredi 7 mai 2003 (en ligne) : <http://membres.lycos.fr/dunesasso/>

Hours, B. « ONG et idéologie de la solidarité », in Deler, Fauré, Piveteau, Roca, *Ong et développement*, Karthala, Paris, 1998.

Hours, B. « L'âge humanitaire : de la solidarité à la globalisation », *Politique africaine*, n° 71, 1998.

Human Right Watch. *los niños olvidados de Guatemala*. HRW, New York, 1997

Human Rights Watch. *Promesas Rotas: Evaluación de los derechos del niño con motivo del decimo aniversario de la Convención sobre los derechos del niños*, HRW, New York, 1999.

Jaramillo Garcia, E. « El trabajo de los niños, niñas y adolescente pobres y excluidos: un derecho humano integral, universal, indivisible y irrenunciable », in *Infancia y adolescencia en America Latina: aportes desde la sociología*, Ijefant, Save the Children, Pérou, 2003.

Jean, J.P. « L'élaboration du droit civil aujourd'hui », *Colloque Napoléon et le Code Civil*, Ajaccio, 5 novembre 2004.

Journet, N. « Hommes et femmes dans la terminologie de parenté curripaco », *AMERINDIA* n°18, 1993. (en ligne): http://www.vjf.cnrs.fr/celia/FichExt/Am/A_18_02.htm.

Kliksberg, B. *Evolucion de la relación del niño, la S.A. y el adolescente con la familia*. Document d'appui à l'exposition de l'auteur, Dix neuvième Congrès Panaméricain de l'enfant, Mexico, 27-29 octobre 2004.

Konterlink I. « La participación de los adolescentes: exorcismo o construcción de ciudadanía », *Actes du séminaire* La participación de niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño, vision y perspectiva, Bogotá, 7/8 decembre 1998.

Kristeva, J. « Sacrée mère, sacré enfant », *Libération*, 20 novembre 1987

Krsticevic, V. Nuño, A.. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. CEJIL. *Construyendo los Derechos del niño en las Américas*, Save the Children. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, mai 2003.

Kurczyn Villalobos, P. « El trabajo de los niños: Realidad y legislación », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Nueva Serie Año XXX, Número 89, Mexico, mai août 1997.

Lamas Cardarello, A.D. « Du mineur à l'enfant citoyen : droits des enfants et droits des familles au Brésil », *Lien social et politique*, RIAC, 44 Automne 2000.

Lansdown, G. « Children's rights », in B. Mayall (ed.), *Children's childhood: Observed and experienced*, The Falmer Press, Londres, 1994.

Lapeyre, F. « Regard critique sur la relation entre libéralisation, croissance et pauvreté », Institut d'Etudes du Développement Université Catholique de Louvain in *Le défi social du développement*, Comeliau, Genève, IUES, 2003.

Le Roy, E. « L'ordre négocié. A propos d'un concept en émergence », Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, paru dans Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (éds.) *Droit négocié, Droit imposé ?* Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996.

Lefebvre, F. « Imaginer le Droit à l'enfance : l'enfant est-il respecté en tant qu'enfant ? », 7ème Biennale de l'Education et de la Formation, Atelier 5, *Vers une culture du débat*. Citoyenneté et Démocratie, Lyon 14/17 avril 2004.

Llobet, V. « Las instituciones para la infancia y la ciudadanía de niños y niñas y adolescentes », in Derechos del niño, practicas sociales y educativas, *Ensayos y Experiencias* n°41, Buenos Aires, novembre/décembre 2001.

Loper Oliva, M. *Derechos de los niños, en busca de una legislación adecuada*. Informe del Cels. Derechos Humanos. Argentina 2001. (en ligne): http://www.cels.org.ar/Site_cels/publicaciones/informes_pdf/2001.Capitulo7.pdf.

Lucas, J. « Los niños soldados, un crimen de guerra », *Agencia de información solidaria*, 20/11/2003.

Lucchini, R. « Entre fugue et expulsion : le départ de l'enfant dans la rue », *Working Papers* n° 287, Institut des Sciences Economiques et Sociales, Fribourg, 1997.

Lücker-Babel, M.F. « Les réserves à la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international », Article basé sur une conférence donnée à l'Institut international des droits de l'enfant, Sion, Suisse, 5 novembre 1996. (en ligne) : <http://www.ejil.org/journal/Vol8/No4/art7.html>.

Magendzo, A. « El derecho a la educación: una reflexión desde el paradigma crítico y la educación en derechos humanos », *L'éducation. Une question de droit*, Collection Thématique n°9, 2001.

Magistris, G. et Ortiz Luna, F. et Reinoso, V. « Derechos Humanos de los más jóvenes: entre discursos y práctica » Centro Cultural de la Cooperación, Buenos Aires, juin 2004/ février 2005 (à paraître).

Mario Angulo H. *Silencios y ruidos en la legislación juvenil en América Latina*, Parlamento Latinoamericano, Primera Sesión Sao Paulo, Brasil, 2,3 y 4 décembre 1999.

Marquez Pereira, J. « Les limites de l'Etat en Amérique latine. Citoyenneté, intervention sociale et croissance économique », *Cahiers des Amériques Latine* n°15, IHEAL, Paris, 1993.

Martinez Muñoz, M. « Infancia trabajadora y representaciones sociales », *Revista Internacional desde los niños y adolescentes trabajadores* n°7, Lima, 2001

Mattarollo, R. « L'exercice de l'autorité parentale en Haïti au regard des droits de l'enfant », Conférence, Hotel Xaragua, Haïti, 28 février 1998.

Mehrotra, S. « Human Development in Cuba: Growing Risks of Reversal », in Mehrotra et Jolly, *Development with a Human Face*, Clarendon Press, Oxford, 1997

Menegus Bornemann, M. « La costumbre indígena en el derecho indio (1529-1550) », *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volumen IV, México, 1992

Mettifogo, D. et Sepúlveda, R. *La situación y el tratamiento de jóvenes infractores de ley en Chile*, Centro de estudios en seguridad ciudadana, Universidad de Chile, 2001.

Meunier, H (Mme). « Notes sur l'éducation de la première enfance, France », Document extrait du Compte rendu de la 3ème session de l'Association française pour l'avancement des sciences, Lille, 1874. (en ligne) : <https://grisemine.univ-lille1.fr:8443/iris/retrieve/495/AP298-1875-P1099.pdf>.

Mongin, O. « La société sous l'emprise du Droit, le recours accru au droit : raisons et portée », Le Droit dans la Société, *Les Cahiers Français*, n°288, La Documentation Française, Paris, 1998.

Monzón, C. « Términos de parentesco p'urhépecha en tres documentos del siglo XVI: resultados iniciales », El Colegio de Michoacán / México in *Amerindia* n°21, Mexico, 1996.

Moreira de Carvalho, I.M. « Droits légaux et droits effectifs. Enfants, Adolescents et citoyenneté au Brésil », *Cahiers des Amériques Latines* n°22, IHEAL, Paris, 1996.

Morin, J.Y. « Les composantes essentielles de l'Etat de droit », in L'Etat de droit *Problèmes politiques et sociaux* n°898, La Documentation Française, Paris, Mars 2004.

Morquio, L. (coord). *Archivos Latino-Americanos de pediatría*. tome 1, Buenos Aires, Argentina, 1905.

Muntarbhorn, V. « La Convention relative aux droits de l'enfant : atteindre l'inaccessible? », *Bulletin des droits de l'homme*, 1991.

Pecaut, D. « Crisis y Construcción de lo publico », V Encuentro Iberoamericano del Tercer Sector, Lo público. Una pregunta desde la sociedad civil, Bogotá, 2001.

Pellet, A. « Droits-de-L'hommisme et Droit International », *Droit fondamentaux*, n°1. juillet-décembre 2001.

(en ligne) : http://www.droits-fondamentaux.org/article.php3?id_article=27.

Pennarun, S. « La place du lien de citoyenneté dans la démocratie », Conférence Citoyenneté, démocratie et droits de l'homme, Stage de l'Université de Toulouse, 18 & 19 avril 2001.

Perez Contreras, M. « Las leyes federal y del Distrito Federal sobre protección de los derechos de niñas y niños », *Boletín mexicano de derecho comparado*, n°102, Mexico, septembre 2001.

Perrin, J.F. « L'autonomie de la volonté et le pluralisme juridique, aujourd'hui », communication pour le XVIIème congrès international des sociologues de langue française, ISLF, Tours, 2004.

Petit, F. « De l'enfant roi à l'enfant victime : l'enfant oublié. Avatars et désarrois de l'enfant-roi », Journée de travail, Cercle d'Etudes Subjectivité et lien social, Namur, mars 2002.

Petras, J. « El postmarxismo rampante: una critica hacia los intelectuales y las ONG », *revue Excelsior*, Mexico, 1996.

Petras, J. « Las dos caras de las ongs », *La jornada de Mexico*, août 2000.

Pupavac, V. « The infantilisation of the South and the UN Convention on the rights of the Children », Student Human Rights Law Centre, *Newsletter*, mars 1998.

Quintana Melendez, R. « La protection de la infancia en America Latina: realidades y perspectivas », Understanding Children's Rights, *Collected papers presented at the International, Interdisciplinary Course on Children's Rights*. Ghent Papers on Children's Rights n°1, 1996.

Radda Barnen. *Trabajo infantil. Ser o no Ser?* Radda Barnen, Pérou, 1985.

Reguillo, R. « La mara: contingencia y afiliación con el exceso », in *Nueva Sociedad* 200, novembre-décembre 2005, Fondation Friedrich Ebert, Buenos Aires

Revelli, P. « Manipulations A L'heure Des Elections, Derrière la violence des gangs du Salvador », *Le Monde Diplomatique*, mars 2004.

Reyes Morales, N. « Les fruits amers du « miracle économique » et de l'impunité. Un Chili plus mal en point qu'il n'y paraît », *Le Monde Diplomatique*, novembre 2002.

Rimbert, P. « L'obsession sécuritaire », Envahissants experts de la tolérance zéro », *Le Monde Diplomatique*, janvier 2001.

Rohrmoser Valdeavellano, R. « Derecho Internacional De Los Derechos Humanos », *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno guatemalteco, Universidad Autónoma de México, 2002.

Rohrmoser Valdeavellano, R. « Corte de Constitucionalidad. La jurisdicción Constitucional en Guatemala », J. Vega Gómez et E. Corzo Sosa, (coords.), *Tribunales y Justicia Constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Serie Doctrina Jurídica*, 108, México, 2002.

Rojas Flores, J. « Los niños y su historia: un acercamiento conceptual y teórico desde la historiográfica », *Pensamiento crítico, Revista electrónica de historia*, n°1, Chili, 2001.

Rosenczveig, J.P. « De l'amour au respect », *Le Monde*, 22 novembre 1989.

Rosenczveig, J.P. « Les droits gagnent du terrain, l'enfant reste un incapable », propos recueillis par Catherine Erthel, *Libération*, 21 novembre 1989.

Salado Osuna, A. « Algunas reflexiones sobre la opinión consultiva 17 (28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de derechos humanos, relativa a la condicion juridica y derechos humanos del niño », *Anuario de Justicia de Menores* n°2, Astigi, Sevilla, 2002.

Salama, P. « Amérique latine : La Décennie piégée par le libéralisme », *Le Monde*, Paris, 15 octobre 2002.

Salama, P. « De quelques leçons économiques de l'histoire latino-américaine récente, Libéralisme en Amérique latine, à qui profitent les échecs? », *Actes du Colloque* organisé par le Groupe Regards Critiques et l'Association d'étudiants pour l'Amérique latine à l'Université de Lausanne, 10-11 Mars 1995.

Salazar Flores, E. L. *Leyes Anti Maras: Los reverses de la justicia penal juvenil en El Salvador*, Documento de la oficina de Ombusman, El Salvador, 2004.

Salazar, G. « Infancia en Chile durante los siglo XIX y XX », *Clase magistral en encuentro de instituciones ligadas a la infancia de la V región*, San Felipe, Chili, 28 et 29 juin 2001.

Salinas Meza, R. « La historia de la infancia, una historia por hacer », *Revista de historia social y de las mentalidades* n°5, Santiago, 2001.

Sanchez Garrafa, R. et Ochoa Villanueva. V. *La pertinencia cultural en textos escolares*. Proeib Andes, Universidad Mayor de San Simon, Lima, août 2001.

Sanchez Santoyo, H. « El trabajo infantil en la ciudad de Mexico, 1920-1930 », *Trabajadores en Linea* Año 5, numero 22, Janvier/Février 2001. (en ligne): <http://www.uom.edu.mx/trabajadores/22trabajo.htm>.

Santacruz Giralt, M. *Barrio Adentro, La solidaridad violenta de las pandillas callejera*, Talleres Graficos, Salvador, 2001.

Santiso, J. *Du Bon révolutionnaire au Bon libéral, à propos d'un étranger caméléon latino-américain*, travail présenté lors du colloque Sciences Po/ Colegio de Mexico, del populismo de los antiguos al populismo de los modernos, El colegio de Mexico, Mexique, 21-22 octobre 1999.

Santiso, J. « La valse des paradigmes : l'économie du possible en Amérique latine », in *Amérique latine*, Blanquer, J.M (dir), IHEAL, La Documentation Française, Paris, 2004.

Sauri Suárez, G. (coord), *Informe de la Red por los Derechos de la Infancia en México*. Mexico 2003.

Scarzanella, E. « Los pibes en el Palacio de Ginebra: las investigaciones de la Sociedad de las Naciones sobre la infancia latinoamericana (1925-1939) », Facultad de Humanidades Lester y Sally Entin, Escuela de Historia, Instituto de Historia y Cultura de América Latina, Estudios interdisciplinarios de América Latina y el Caribe, volume 14 - N°2, Juillet/Décembre 2003.

Sename. « Balance de gestión integral », *Rapport public*, Santiago, 2001.

Sénat. « Droit de la famille », *Rapport d'information* 481 (97-98) - Commission Des Lois, Paris, 1998.

Shaw, K. *Los derechos y la libertad: Repensando una retórica hegemónica*. Shine a Light, la red internacional pro niños de la calle, Novembre 2003.

Solórzano, J. « Lectura político-criminal del código de menores de Guatemala », *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad* n°16 y 17, Guatemala, Juin/Décembre 2002.

Sotomayor Tribin, H. « El infanticidio y abandono de niños en Colombia desde los tiempos prehispanicos a los republicanos », Allocution du 14 juillet 1999, Société Colombienne d'histoire de la médecine, Bogotá, 1999.

Stiglitz, J. « Argentina, Shortchanged. Why the nation that followed the rules fell to pieces? », *Washington Post*, 12 mai 2002.

They, I. « Nouveau Droit de l'Enfant, la potion magique », *Esprit*, Paris, mars-avril 1992.

Tiffer Sotomayor, C. « Derecho penal de menores y derechos humanos en América Latina », *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, año 7, n°10, Costa Rica, 1994.

Van Dun. F. *Dossier Droits de l'homme*. Institut Euro 92, novembre 1998.

Villanueva Castilleja, R.L. « El ministerio público y los menores infractores », in El ministerio publico en el distrito federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas n°84, Mexico 1997.

Zaffaroni, E.R. « La historia de los derechos humanos en América Latina », Leticia Olguin (coord). Educación y derechos humanos, *Papeles políticos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1989.

Zeballos, J.L. *Argentina: efectos sociosanitarios de la crisis 2001-2003*, 1ª.ed.:Organización Panamericana de la Salud, Buenos Aires, 2003.

Zermatten, J. « Les droits de l'enfant: une belle déclaration ! et après ? » in *Une Convention, plusieurs regards : Introduction aux droits de l'enfant*, Institut des Droits de l'Enfant, Sion, 1997.

TABLE DES MATIERES

AVANT PROPOS.....	3
REMERCIEMENTS	5
RESUME	7
INTRODUCTION.....	11
1 Avènement des droits de l'enfant.....	12
2 Les droits de l'enfant latino-américain	20
3 Des droits critiqués.....	24
4 Mise en œuvre des nouveaux droits.....	26
5 La démarche.....	29
PREMIERE PARTIE LA CONSTRUCTION D'UN CORPUS JURIS SPECIFIQUE	33
TITRE 1. - LA CONDITION JURIDIQUE DE L'ENFANT EN AMERIQUE LATINE JUSQU'A L'APPROBATION DE LA CIDE	34
<i>SOUS-TITRE 1. - L'ENFANT COMME OBJET DE DROIT</i>	35
CHAPITRE 1. - DROITS DE L'HOMME ET DROITS DE L'ENFANT	36
<i>Section 1. - Deux traditions des droits de l'homme</i>	36
§ 1. - Les droits de l'homme à partir de l'Etat.....	36
A - Filiation des droits de l'enfant aux droits de l'homme	37
B - Diffusion des droits de l'homme en Amérique latine.....	38
§ 2. - Les droits de l'homme en dehors de l'Etat	39
A - La défense des Indiens	39
B - Droits de l'homme et dictatures	41
<i>Section 2. - La spirale vertueuse des Conventions sur les droits de l'homme</i>	42
§ 1. - La dialectique des droits de l'homme.....	43
§ 2. - La CIDE, synthèse entre les deux courants	44
CHAPITRE 2. - DE L'ENFANT PRECOLOMBIEN AU MINEUR	47
<i>Section 1. - Perceptions précolombiennes</i>	47
§ 1. - Héritage historique.....	47
A - Indices oubliés du droit précolombien	48

B - Références occidentales	50
§ 2. - Héritages linguistiques	51
<i>Section 2. - L'enfant sous la colonisation espagnole.....</i>	<i>52</i>
§ 1. - Le droit suit les conquistadores	53
§ 2. - La situation de l'enfant dans la colonie	55
A - Abandons et infanticides	55
B - L'Eglise et l'Etat	57
<i>Section 3. - Naissance du droit des mineurs.....</i>	<i>59</i>
§ 1. - L'enfant au travail	59
A - Le droit protège l'enfant travailleur	60
B - La catégorie d'enfants travailleurs	61
§ 2. - L'enfant et la justice.....	63
A - Le premier tribunal pour mineur	64
B - La question de la « protection » du mineur dans la jurisprudence mexicaine.....	65
<i>SOUS-TITRE II. - L'ENFANT COMME SUJET DE DROIT.....</i>	<i>69</i>
CHAPITRE 3. - VERS L'ENFANT PROTEGE.....	70
<i>Section 1. - De l'autorité paternelle au paternalisme de l'Etat.....</i>	<i>70</i>
§ 1. - Emotion devant les enfants.....	70
A - Abus et loi morale	71
B - L'autorité paternelle en question	72
§ 2. - Le contrôle de l'Etat.....	74
A - Le prix de la centralité.....	74
B - De l'émotion à l'hypersensibilité	75
<i>Section 2. - Enfants et premières Déclarations des droits.....</i>	<i>78</i>
§ 1. - Les premiers « défenseurs » de l'enfant	78
A - Femmes, nourrices, et mères	78
B - Pédagogues et juristes	80
§ 2. - Les premiers droits de l'enfant.....	82
A - La déclaration de Montevideo	83
B - De nouveaux principes	84
CHAPITRE 4. - VERS L'ENFANT AUTONOME	87
<i>Section 1. - Naissance d'une catégorie socio pénale.....</i>	<i>87</i>
§ 1. - L'enfance en « situation irrégulière ».....	88
A - Les « sauveurs d'enfants »	89
B - Les mineurs sous tutelle	90
§ 2. - Caractéristiques et actualité de la doctrine de la « situation irrégulière ».....	92
A - Des situations irrégulières.....	93
B - Un juge omnipotent.....	95
<i>Section 2. - Consécration des droits de l'enfant.....</i>	<i>97</i>
§ 1. - Contexte favorable	98
A - 1979/1989	98
B - Une ratification « sans réserve »	100

C - Le rôle émergent de la société civile.....	102
§ 2. - La doctrine de la protection intégrale.....	104
A - Origine de la doctrine.....	105
B - Approche sémantique.....	106
C - Une doctrine latino-américaine.....	109
TITRE 2. - L'INTEGRATION DES DROITS DE L'ENFANT DANS LES SYSTEMES	
JURIDIQUES LATINO-AMERICAINS.....	113
<i>SOUS-TITRE I. - UNE INTEGRATION DE NATURE JURIDIQUE.....</i>	<i>114</i>
CHAPITRE 1. - ADAPTATION DES CONSTITUTIONS A LA CIDE.....	115
<i>Section 1. - Droit international et constitutionnalisation des droits de l'homme.....</i>	<i>115</i>
§ 1. - Sur le plan régional.....	115
A - Le droit à la démocratie.....	116
B - Constitutionnalisation des droits de l'homme.....	117
§ 2. - Sur le plan national.....	119
A - La CIDE et les nouvelles constitutions.....	119
B - Le cas du Mexique.....	123
<i>Section 2. - CIDE et jurisprudence.....</i>	<i>125</i>
§ 1. - Service militaire et protection de l'enfant en Colombie.....	126
A - La jurisprudence.....	126
B - Réactions gouvernementales.....	128
§ 2. - Enlèvement d'enfants en Argentine.....	129
A - Obstacles juridiques.....	129
B - Le droit à l'identité.....	131
§ 3. - La protection des enfants par la Cour constitutionnelle guatémaltèque.....	133
A - La jurisprudence.....	133
B - Réaction gouvernementale.....	135
CHAPITRE 2. - INTEGRATION DE LA CIDE DANS LES LOIS.....	138
<i>Section 1. - Adaptations à la CIDE.....</i>	<i>138</i>
§ 1. - Intégrations réussies.....	139
A - Le cas de l'Equateur.....	139
B - Rôle de la société civile.....	141
§ 2. - Intégration incomplète.....	142
A - Des processus complexes.....	142
B - Puissance unificatrice des Codes.....	145
<i>Section 2. - La lente évolution de l'Argentine.....</i>	<i>147</i>
§ 1. - Persistance de la situation irrégulière.....	148
§ 2. - Montée en force des principes de la CIDE.....	151
<i>Section 3. - L'exception des Etats-Unis.....</i>	<i>153</i>
§ 1. - Les Etats-Unis et le droit international.....	154
§ 2. - La responsabilité pénale des enfants aux Etats-Unis.....	155
<i>SOUS-TITRE II. - UNE INTEGRATION DE NATURE POLITIQUE.....</i>	<i>159</i>

CHAPITRE 3. - POLITIQUES VERS L'ENFANCE	160
<i>Section 1. - Incidence des politiques publiques sur l'enfance</i>	160
§ 1. - Un impact limité.....	160
A - Diminution réelle des dépenses publiques	161
B - Investir dans l'enfance.....	162
§ 2. - La promesse de politiques publiques fondées sur la CIDE.....	163
A - Des promesses.....	163
B - Un contexte libéral	164
<i>Section 2. - Limite des politiques publiques</i>	166
§ 1. - Persistance de conservatismes.....	166
A - Un conservatisme juridique et administratif.....	166
B - Les exemples péruvien et mexicain.....	168
§ 2. - Des politiques publiques contradictoires	169
CHAPITRE 4. - LE STATUT DE L'ENFANT ET DE L'ADOLESCENT BRÉSILIEN	172
<i>Section 1. - Constitution et participation</i>	172
§ 1. - Reconnaissance constitutionnelle.....	172
§ 2. - Participation de la société civile à l'élaboration du Statut	174
A - Une mobilisation de fait	174
B - Une participation en droit.....	175
<i>Section 2. - Un Statut modèle</i>	177
§ 1. - Structure du statut	178
A - Exemple d'intégration.....	178
B - Consécration du principe de légalité	179
§ 2. - Des droits sanctionnés.....	181
<i>Section 3. - Premières critiques</i>	183
§ 1. - L'application du Statut.....	183
A - Le non-droit des enfants au Brésil.....	183
B - Application difficile	185
§ 2. - Un « espoir de papier »	187
TITRE 3. - NAISSANCE D'UN CORPUS JURIS DE L'ENFANT	189
<i>SOUS-TITRE I. - UN NOUVEAU CADRE JURIDIQUE</i>	191
CHAPITRE 1. - LA CONSECRATION DE NOUVEAUX PRINCIPES	192
<i>Section 1. - Un principe recteur : l'intérêt supérieur de l'enfant</i>	192
§ 1. - Affirmation du principe.....	193
§ 2. - Une application malaisée.....	195
<i>Section 2. - Autres principes</i>	197
§ 1. - Le principe d'égalité devant la loi ou de non-discrimination	198
A - La non-discrimination.....	198
B - Protection spéciale et responsabilité pénale.....	199
§ 2. - Le principe d'effectivité	201
CHAPITRE 2. - L'ÉTAT, LE CDE ET LA FAMILLE	203

<i>Section 1. - Etat et communauté internationale</i>	203
§ 1. - La fonction primordiale de l'Etat	204
A - La CIDE oblige les Etats.....	204
B - Les Etats s'obligent	206
§ 2. - Rôle du Comité des Droits de l'enfant : le cas argentin	208
A - Rapports présentés au Comité	208
B - Observations du Comité	210
<i>Section 2. - Le rôle malaisé de la famille</i>	211
§ 1. - Consensus théorique et définition fluctuante.....	212
§ 2. - Crise de la famille en Amérique latine	214
<i>SOUS-TITRE II. - UNE CONSECRATION INTERAMERICAINE</i>	217
CHAPITRE 3. - LA PROTECTION INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'ENFANT	218
<i>Section 1. - Une reconnaissance par les textes</i>	218
§ 1. - La Convention interaméricaine des droits de l'homme et autres instruments.....	219
§ 2. - Effort d'harmonisation du droit international privé.....	221
<i>Section 2. - Une reconnaissance par la jurisprudence</i>	222
§ 1. - Reconnaissance du corpus juris des droits des enfants	222
§ 2. - Le rôle des docteurs	224
CHAPITRE 4. - L'AVIS CONSULTATIF N°17 DE LA CIDH	226
<i>Section 1. - Les arguments en présence</i>	226
§ 1. - La demande de la Commission.....	227
§ 2. - La participation d'institutions spécialisées.....	229
<i>Section 2. - Les conclusions de la Cour</i>	231
§ 1. - La décision	231
A - Rappel des principes	231
B - Les treize points	233
§ 2. - Consolidation d'une jurisprudence.....	237
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	241
DEUXIEME PARTIE LA MISE EN ŒUVRE D'UN NOUVEL INSTRUMENT JURIDIQUE.....	243
TITRE 1. - LE DROIT A L'EPREUVE DES FAITS	244
<i>SOUS-TITRE 1. - LE PARADOXE STUPEFIANT</i>	245
CHAPITRE 1. - LA SOCIETE « ENFANTIVORE »	246
<i>Section 1. - Abus notoires</i>	247
§ 1. - L'enfant au travail : le cas du Pérou	247
A - Un phénomène qui s'amplifie	247
B - Encadrement juridique	249
§ 2. - L'enfant soldat : le cas de la Colombie.	251
A - Les faits.....	251
B - Les faits et le droit.....	252
§ 3. - L'exploitation sexuelle des enfants	253

<i>Section 2. - Manquements notoires</i>	255
§ 1. - Le droit à l'alimentation.....	255
A - Droit ou besoin vital ?.....	255
B - Aspiration ou droit.....	257
§ 2. - Le droit à l'éducation.....	259
A - La situation.....	260
B - Les solutions ?.....	261
CHAPITRE 2. - LA DOCTRINE DE LA PROTECTION INTEGRALE DEVANT LE PARADOXE	264
<i>Section 1. - La stratégie de l'adéquation</i>	264
§ 1. - La situation des enfants absente du débat.....	264
A - Le fait occulté.....	265
B - Omission de la question démographique.....	266
§ 2. - Adéquation juridique.....	268
A - Une stratégie efficace ?.....	268
B - Les freins à l'application.....	270
<i>Section 2. - Le manichéisme de la doctrine de la protection intégrale</i>	272
§ 1. - La CIDE comme outil démocratique.....	273
A - Enfant et démocratie.....	273
B - Instrumentalisation de la CIDE.....	274
§ 2. - Utopisme et manichéisme.....	275
<i>SOUS-TITRE 2. - LE PARADOXE IRRECONCILIABLE</i>	277
CHAPITRE 3. - LOGIQUES DE POUVOIR ET DROITS DE L'ENFANT	278
<i>Section 1. - Impératif sécuritaire</i>	278
§ 1. - La question des maras.....	278
A - La situation.....	279
B - La réponse des gouvernements.....	281
§ 2. - Le garde fou constitutionnel.....	283
A - Retour à la « situation irrégulière ».....	283
B - Une jurisprudence fidèle aux droits de l'enfant.....	284
<i>Section 2. - Impératif économique</i>	287
§ 1. - Le droit à l'éducation à l'épreuve du libéralisme.....	288
A - Droit à l'éducation et liberté d'enseignement.....	288
B - Le droit à l'éducation et la privatisation de l'éducation.....	289
§ 2. - Le droit à la santé.....	292
A - Portée du droit à la santé.....	292
B - Un droit introuvable.....	294
CHAPITRE 4. - CULTURE ET DROITS DE L'ENFANT	296
<i>Section 1. - Les enfants et la loi au Chili</i>	296
§ 1. - Analyse contrastée.....	296
A - Lenteur législative.....	297
B - Réticences de la Cour suprême.....	299
§ 2. - Critique de la doctrine.....	302

<i>Section 2. - Des discours aux chiffres.....</i>	304
§ 1. - La situation de fait.....	305
A - La question de la délinquance des jeunes.....	305
B - Indices favorables.....	307
§ 2. - L'exception de Cuba.....	309
TITRE 2. - LES DROITS DE L'ENFANT A L'EPREUVE DES CRITIQUES THEORIQUES.....	313
<i>SOUS-TITRE 1. - LES CRITIQUES DU DROIT.....</i>	<i>314</i>
CHAPITRE 1. - CRITIQUES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT.....	315
<i>Section 1. – La critique de Michel Villey.....</i>	<i>315</i>
§ 1. - Des droits irréalisables, injustes et contradictoires.....	315
A - Des droits injustes.....	316
B - Des droits irréalisables : le cas de l'enfant à naître.....	317
C Les cas des droits sexuels et reproductifs.....	320
§ 2. - Des droits illusoirs.....	322
A - Des droits dépendants de l'opinion.....	322
B - Des droits créateurs d'illusion.....	324
<i>Section 2. - Des critiques refoulées par la doctrine.....</i>	<i>325</i>
§ 1. - Au nom du droit positif.....	325
A - Protéger les droits.....	326
B - Un droit pédagogique.....	327
§ 2. - Au nom de l'utopie.....	328
A - La modeste utopie.....	328
B - Un droit utopique périlleux.....	330
CHAPITRE 2. - CRITIQUE DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT.....	333
<i>Section 1. - La critique de Jean Carbonnier.....</i>	<i>333</i>
§ 1. - Développement des droits subjectifs.....	333
§ 2. - Subdivision des droits de l'enfant en Amérique latine.....	335
A - Ramification des droits de l'enfant.....	336
B - Risque de cacophonie juridique.....	338
<i>Section 2. - De la sociologie juridique à la sociologie.....</i>	<i>339</i>
§ 1. - Droits subjectifs et autonomie de l'enfant.....	339
§ 2. - L'exemple des enfants de la rue en Amérique latine.....	341
<i>SOUS-TITRE 2. – LES CRITIQUES MULTIDISCIPLINAIRES.....</i>	<i>343</i>
CHAPITRE 3. - DROIT A L'ENFANCE ET DROITS DE L'ENFANT.....	344
<i>Section 1. - La question de la citoyenneté de l'enfant.....</i>	<i>344</i>
§ 1. - De l'irresponsabilité à la citoyenneté.....	344
A - L'enfant insouciant.....	345
B - L'enfant citoyen.....	346
§ 2. - Enfants pauvres et enfants riches.....	348
A - Des droits égoïstes.....	349

B - Des droits pour les enfants pauvres	351
<i>Section 2. - Universalité des droits de l'enfant.....</i>	<i>353</i>
§ 1. - Une convention occidentale ?.....	354
A - Universalité et particularismes	354
B - La conception occidentale de l'enfance.....	356
§ 2. - Retour sur le travail des enfants au Pérou	358
A - Le travail est un droit	358
B - Positions figées.....	360
<i>Section 3. - Enfant et science de l'enfance</i>	<i>361</i>
§ 1. - Pédagogues et juristes	361
A - Tout se joue dans l'enfance.....	361
B - Les devoirs de l'enfant	362
§ 2. - Les droits de l'enfant entre la démocratie et l'autorité	364
A - Débat sur l'autorité de l'adulte en France	364
B - Débat sur la démocratie en Amérique latine.....	366
CHAPITRE 4. - A QUI PROFITE LE DROIT?	368
<i>Section 1. - Production de droit.....</i>	<i>368</i>
§ 1. - Les intellectuels.....	368
A - Parcours similaires	369
B - Commission d'experts ?	369
§ 2. - L'UNICEF en question	371
A - Les riches financent	371
B - Les pauvres reçoivent.....	372
<i>Section 2. - Exportation de droits.....</i>	<i>374</i>
§ 1. - D'où vient le droit	374
A - La diffusion des idées	375
B - Un droit pour l'Amérique latine	376
§ 2. - Une hégémonie juridique ?.....	378
A - La thèse du complot.....	378
B - Intérêts contradictoires au sein des Nations Unies	379
TITRE 3. - UN DROIT A L'EPREUVE DE L'IMPERATIF DE LA COHERENCE DE L'ETAT DE DROIT.....	383
<i>SOUS-TITRE 1. - LA CIDE ET L'ETAT DE DROIT</i>	<i>384</i>
CHAPITRE 1. - LA CIDE ET LA RECHERCHE DE L'ETAT DE DROIT	385
<i>Section 1. - La CIDE participe à la construction de l'Etat de droit.....</i>	<i>385</i>
§ 1. - La culture juridique des droits de l'enfant.....	386
A - La culture juridique en cause	386
B - Pour une culture des droits	388
§ 2. - De la culture des droits à l'exercice de la démocratie	390
<i>Section 2. - Etat de droit et Etat libéral.....</i>	<i>392</i>
§ 1. - CIDE et dérégulation.....	393

A - Retrait de l'Etat : l'exemple argentin	393
B - Coût social du libéralisme	394
§ 2. - Redéfinition des acteurs	396
A - L'Etat et la « société civile »	396
B - Nouvelles logiques	398
CHAPITRE 2. - L'ETAT DE DROIT A L'EPREUVE DES DROITS DE L'ENFANT	399
<i>Section 1. - Le défi de la justiciabilité</i>	<i>399</i>
§ 1. - Etat de droit et juridicité	399
A - Le pari de la juridicité	400
B - La difficulté de la justiciabilité	401
§ 2. - Buts apparents et fonction réelle	403
A - Les effets induits de la juridicité	403
B - Impact réel de la CIDE	405
<i>Section 2. - Les droits de l'enfant dans l'Etat de droit</i>	<i>407</i>
§ 1. - Consolidation réelle de l'Etat de droit ?	407
A - Ancrage de la démocratie et droits de l'enfant	408
B - L'urgence de l'effectivité	410
§ 2. - Consolidation formelle de l'Etat de droit ?	411
A - Croyance dans le pouvoir des droits de l'enfant	412
B - Un pouvoir surévalué ?	413
SOUS-TITRE 2. - LA CIDE ET LA SOCIETE DE DROITS	415
CHAPITRE 3. - LA CIDE ET LE RISQUE DE LA SOCIETE DE DROITS	416
<i>Section 1. - Un droit dense, pluriel et complexe</i>	<i>416</i>
§ 1. - Complexification du droit	416
A - Surexploitation du droit	417
B - Multiplication des textes	418
§ 2. - Le cas des Etats fédéraux	419
A - La surenchère des lois provinciales en Argentine	419
B - Juxtaposition des lois au Mexique	423
<i>Section 2. - Affirmation de la société de droits</i>	<i>426</i>
§ 1. - Multiplication des institutions et des procédures	426
A - Multiplications des institutions au Chili	426
B - Les défenseurs des enfants et adolescents au Pérou	428
§ 2. - Le pluralisme juridique en Amérique latine	430
A - Primauté du critère juridique	431
B - Le pluralisme et la société de droits	433
CHAPITRE 4. - LE BEAU DROIT DES ENFANTS	436
<i>Section 1. - Fonctions des droits de l'enfant</i>	<i>437</i>
§ 1. - Du bon droit au vrai droit	437
A - Le positivisme déroutant du droit des enfants	438
B - Habillage juridique	439
§ 2. - La rhétorique du droit des enfants	440

A - Un droit des mineurs liberticide ?	441
B - Une Convention de papier ?	442
<i>Section 2. - Les droits de l'enfant postmoderne</i>	443
§ 1. - Publicité, enfant et droit	444
A - Les enfants en spectacle	444
B - Le Droit se met en scène	447
§ 2. - Vers une redéfinition du rôle de l'Etat	448
A - Production alterative	449
B - La société de droits en réponse à la crise de l'Etat protecteur	450
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	453
CONCLUSION GENERALE	455
BIBLIOGRAPHIE	461
TABLE DES MATIERES.....	481
ANNEXES	491
<i>Déclaration de Genève (26 septembre 1924)</i>	493
<i>Convention relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989)</i>	495
<i>Sigles utilisés</i>	515

ANNEXES

ANNEXE 1

Déclaration de Genève (26 septembre 1924)

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 doivent être mises au service de ses frères.

ANNEXE 2

Convention relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989)

Adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

Préambule

Les Etats parties à la présente Convention,

Considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,

Ayant à l'esprit le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils ont résolu de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Reconnaissant que les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation,

Rappelant que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales,

Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,

Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension,

Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité,

Ayant à l'esprit que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant,

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

Rappelant les dispositions de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) et de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé,

Reconnaissant qu'il y a dans tous les pays du monde des enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficiles, et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière,

Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant,

Reconnaissant l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des enfants dans tous les pays, en particulier dans les pays en développement,

Sont convenus de ce qui suit :

Première partie

Article premier

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

Article 2

1. Les Etats 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 Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Article 3

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

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

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

Article 4

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

Article 5

Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention. Article 6

1. Les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.

2. Les Etats 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 Etats parties veillent à mettre ces droits en oeuvre 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 Etats 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 Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

Article 9

1. Les Etats 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 Etats 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 Etat partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'Etat 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 Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

Article 10

1. Conformément à l'obligation incombant aux Etats 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 Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

2. Un enfant dont les parents résident dans des Etats différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les Etats parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

Article 11

1. Les Etats parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger.

2. A cette fin, les Etats parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

Article 12

1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

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

Article 13

1. L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires :

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui; ou
- b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 14

1. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.
2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.
3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Article 15

1. Les Etats 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 Etats 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. A cette fin, les Etats parties :

- a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'article 29;

- b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales;
- c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants;
- d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire;
- e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.

Article 18

1. Les Etats 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 Etats 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 Etats 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 Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

Article 20

1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat.
2. Les Etats 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 kafalahde 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 Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

- a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;
- b) Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé;
- c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale;
- d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables;
- e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

Article 22

1. Les Etats parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne,

bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits Etats sont parties.

2. A cette fin, les Etats parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

Article 23

1. Les Etats 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 Etats parties reconnaissent le droit à des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'Etat de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié.

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

4. Dans un esprit de coopération internationale, les Etats parties favorisent l'échange d'informations pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux Etats parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 24

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur Etat 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 Etats parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :

a) Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants;

b) Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires;

c) Lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel;

d) Assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés;

e) Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information;

f) Développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale.

3. Les Etats parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.

4. Les Etats parties s'engagent à favoriser et à encourager la coopération internationale en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit reconnu dans le présent article. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 25

Les Etats parties reconnaissent à l'enfant qui a été placé par les autorités compétentes pour recevoir des soins, une protection ou un traitement physique ou mental, le droit à un examen périodique dudit traitement et de toute autre circonstance relative à son placement.

Article 26

1. Les Etats 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 Etats 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 Etats parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en oeuvre 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 Etats 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 Etat autre que celui de l'enfant, les Etats parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés.

Article 28

1. Les Etats 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 Etats 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 Etats parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 29 Observation générale sur son application

1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

- a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;
- b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies;
- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;
- d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone;
- e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'Etat aura prescrites.

Article 30

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

Article 31

1. Les Etats 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 Etats 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 Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social.

2. Les Etats parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les Etats 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 Etats 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 Etats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. A cette fin, les Etats 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 Etats parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit.

Article 36

Les Etats parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être.

Article 37

Les Etats parties veillent à ce que :

- a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans;
- b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible;
- c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles;
- d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

Article 38

1. Les Etats 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 Etats 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 Etats 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 Etats 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 Etats 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 Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

Article 40

1. Les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

2. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les Etats parties veillent en particulier :

a) A ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises;

b) A ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :

i) Etre présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie;

ii) Etre informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense;

iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux;

iv) Ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable; interroger ou faire interroger les témoins à charge, et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité;

v) S'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi;

vi) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée;

vii) Que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.

3. Les Etats parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :

- a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale;
- b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés.

4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.

Article 41

Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer :

- a) Dans la législation d'un Etat partie; ou
- b) Dans le droit international en vigueur pour cet Etat.

Deuxième partie

Article 42

Les Etats 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 Etats 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 Etats 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. (amendement)

3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les Etats parties. Chaque Etat partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.
4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les Etats 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 Etats parties qui les ont désignés, et la communiquera aux Etats parties à la présente Convention.
5. Les élections ont lieu lors des réunions des Etats parties, convoquées par le Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies. A ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des Etats 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 Etats parties présents et votants.
6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection.
7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'Etat partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.
8. Le Comité adopte son règlement intérieur.
9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans.
10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des Etats 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 Etats 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 Etats 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 Etats 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 Etats 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 Etats parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la Convention.

5. Le Comité soumet tous les deux ans à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités.

6. Les Etats parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays.

Article 45

Pour promouvoir l'application effective de la Convention et encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la Convention :

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

b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents tout rapport des Etats parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication;

c) Le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant;

d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et

recommandations d'ordre général sont transmises à tout Etat partie intéressé et portées à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des Etats parties.

Troisième partie

Article 46

La présente Convention est ouverte à la signature de tous les Etats.

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 Etat. 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 Etats qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra le dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 50

1. Tout Etat partie peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général communique alors la proposition d'amendement aux Etats parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une conférence des Etats parties en vue de l'examen de la proposition et de sa mise aux voix. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des Etats parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle conférence, le Secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par la majorité des Etats parties présents et votants à la conférence est soumis pour approbation à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

2. Tout amendement adopté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article entre en vigueur lorsqu'il a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies et accepté par une majorité des deux tiers des Etats parties.

3. Lorsqu'un amendement entre en vigueur, il a force obligatoire pour les Etats parties qui l'ont accepté, les autres Etats parties demeurant liés par les dispositions de la présente Convention et par tous amendements antérieurs acceptés par eux.

Article 51

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies recevra et communiquera à tous les Etats le texte des réserves qui auront été faites par les Etats au moment de la ratification ou de l'adhésion.

2. Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisée.

3. Les réserves peuvent être retirées à tout moment par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, lequel en informe tous les Etats parties à la Convention. La notification prend effet à la date à laquelle elle est reçue par le Secrétaire général.

Article 52

Tout Etat partie peut dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle la notification a été reçue par le Secrétaire général.

Article 53

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 54

L'original de la présente Convention, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment habilités par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

Sigles utilisés

AI	Amnesty International
BID	Banque Interaméricaine de Développement
CADH	Convention Américaine sur les Droits de l'Homme
CDE	Comité des Droits de l'Enfant (Nations Unies)
CEJIL	Centre pour la Justice et le Droit International
CEPAL	Commission Economique pour l'Amérique Latine
CIDE	Convention Internationale des Droits de l'Enfant
CIDH	Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme
CIDIP	Conférences Interaméricaines de Droit International Privé
CIJ	Cour Interaméricaine de Justice
CLADEM	Comité d'Amérique Latine et des Caraïbes pour la Défense des Droits de la Femme
CONANDA	Conseil National des Droits des Enfants et Adolescents (Brésil)
DIF	Système National pour le Développement Intégral de la Famille (Mexique)
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture
FARC	Forces Armées Révolutionnaires Colombiennes
FMI	Fond Monétaire International
GIN	Groupe d'Initiative pour les Droits de l'Enfant
HRW	Human Rights Watch
IIN	Institut Interaméricain de l'Enfant
IUPI	Institut Interaméricain de Protection de l'Enfance
ILANUD	Institut Latino Américain des Nations Unies pour la prévention des délits et le traitement du délinquant
INABIF	Institut National du Bien Etre et de la Famille (Pérou)
LOPNA	Loi Organique pour la protection des enfants et adolescents (Vénézuéla)
MANTHOC (Pérou)	Mouvement des Enfants et Adolescents Travailleurs Fils d'Ouvriers Catholiques
OC	Opinion Consultative
OEA	Organisation des Etats Américains
OIT	Organisation Internationale du Travail
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
ONG	Organisation Non-Gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OPS	Organisation Panaméricaine de la Santé
PAM	Programme Alimentaire Mondial
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
PROMUDEH	Ministère pour la promotion de la femme et du développement humain (Pérou)
SDN	Société des Nations
SENAME	Service National des Mineurs (Chili)
UNHCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés
UNICEF	Fond des Nations Unies pour l'Enfance
UNICRI	Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice