

N° 7755<sup>13</sup>

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2021-2022

---

---

**PROPOSITION DE REVISION**

du chapitre II de la Constitution

\* \* \*

**AVIS COMPLEMENTAIRE DE L'OMBUDSMAN  
FIR KANNER A JUGENDLECHER**

(11.1.2022)

Monsieur le Président,

Conformément aux dispositions de la *Loi du 1<sup>er</sup> avril 2020 instituant l'Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher* (OKAJU), je vous transmets le présent avis complémentaire à celui du 23 juillet 2021<sup>1</sup> concernant l'inscription des droits de l'enfant dans la constitution dans le cadre de la « Proposition de révision du chapitre II de la Constitution » (dossier parlementaire PR 7755) déposée le 29 avril 2021 par les honorables député-e-s Madame Simone Beissel, Monsieur Mars Di Bartolomeo, Monsieur Léon Gloden et Monsieur Charles Margue.

L'OKAJU accueille très favorablement l'inscription des droits de l'enfant à l'article 11 reformulé dans la « Section 3. – Des libertés publiques » du « Chapitre II. – Des droits et libertés » ce qui leur confère le statut de droits subjectifs tels que recommandés e.a. par la Commission de Venise<sup>2</sup> respectivement par plusieurs acteurs institutionnels et ceux de la société civile. Les droits de l'enfant ainsi ancrés dans le nouveau texte développera certes un effet considérable et positif sur la future législation, la jurisprudence ainsi que les pratiques professionnelles dans les domaines qui travaillent directement avec des enfants et jeunes.

Après avoir appris que votre commission parlementaire avait opté pour la formulation « l'intérêt de l'enfant » plutôt que pour le terme de « l'intérêt supérieur de l'enfant » tel qu'il est utilisé dans la Convention relative aux droits de l'enfant (CRDE)<sup>3</sup>, ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (CDUE)<sup>4</sup>, l'OKAJU souhaite attirer votre attention sur les complications possibles qui peuvent découler de la divergence d'interprétations dans ce contexte.

Dans son avis complémentaire respectif 29 octobre y relatif, le Conseil d'État a recommandé de s'inspirer de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (CDUE). Je /L'OKAJU ne peux que me/se rallier entièrement à cette proposition et vous demande instamment de bien vouloir réexaminer l'énoncé de l'article sous rubrique.

Nous constatons que la préférence pour le terme « l'intérêt de l'enfant » entre en conflit avec la définition de l'article 3, paragraphe 1 de la CRDE qui prévoit notamment : « *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* ».

---

1 Document parlementaire PR7755/11

2 Commission Européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Luxembourg, Avis sur la proposition de révision de la constitution, Adopté par la Commission de Venise à sa 118e Session plénière, (Venise, 15-16 mars 2019) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)003-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)003-f)

3 HCDH | Convention relative aux droits de l'enfant (ohchr.org)

4 Article 24.

Par ailleurs, depuis la réforme de 2018, notre Code civil<sup>5</sup> connaît également le terme de « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans son article 372-1 qui dispose que :

« *Tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou non-usuel, requiert l'accord de chacun des parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale.*

*Cet accord n'est pas présumé pour les actes non-usuels.*

*En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le tribunal qui statue selon ce qu'exige l'intérêt **supérieur** de l'enfant ».*

De plus, le concept même de l'autorité parentale a été réformée en 2018 dans ce sens avec la modification du code civil qui se lit dès lors :

*Art. 372. L'autorité parentale est l'ensemble des droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt supérieur de l'enfant.*

*Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne.*

*Les parents associent l'enfant selon son âge et son degré de maturité.*

Il en est de même pour les autres articles du code civil ayant été modifié dans le cadre de la réforme de l'autorité parentale et du divorce en 2018 avec le tribunal aux affaires familiales qui est directement liée à cette notion-clé du droit familial et de droit de l'enfant.

Dans ce sens, il nous semblerait plus cohérent de s'appuyer sur cette définition pour mettre en œuvre correctement l'esprit de la CRDE et de notre Code civil afin d'éviter des confusions à l'avenir et à veiller à ne pas produire une insécurité juridique ou à ne pas affaiblir même les droits de l'enfant par la coexistence de ces deux terminologies.

En effet, il ne s'agit pas d'une simple terminologie, mais d'un principe fondamental de la Convention relative aux droits de l'enfant et d'une règle de procédure dans le contexte des affaires juridiques concernant les droits des enfants.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies évoque dans son commentaire général numéro 14 / 2013<sup>6</sup> : « Le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant confère à l'enfant le droit à ce que son intérêt **supérieur** soit évalué et soit une considération primordiale dans toutes les actions ou décisions qui le concernent, tant dans la sphère publique que dans la sphère privée ». (*mise en évidence par l'auteur*)

Avec l'utilisation du terme plus général, plus vague, imprécis, voire « floue »<sup>7</sup> de « l'intérêt de l'enfant », nous craignons des erreurs méthodologiques lors de futures délibérations et interprétations, tandis que le terme consacré et le concept de l'« intérêt supérieur de l'enfant » (« Best interest of child ») est bien établi dans la jurisprudence, notamment celle de Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)<sup>8</sup> qui reprend et renforce l'opinion juridique respectivement la doctrine du CDE. Selon la définition du Comité des experts des droits de l'enfants de Genève, l'intérêt supérieur de l'enfant est un *concept triple* qui remonte à la Déclaration des droits de l'enfant de 1959<sup>9</sup>.

5 L. du 27 juin 2018

6 CRC/C/GC/14 (ohchr.org)

7 Sur l'évolution du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant du modèle protectionniste-paternaliste à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le modèle des droits de l'enfant, voir Jacques Marquet & Laura Merla, Rapport final, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans la mosaïque familiale : Ce que cela signifie pour les enfants* ISE\_rapport.pdf (cfwb.be) ISE\_rapport.pdf (cfwb.be)

8 Maldague, Marie. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures de regroupement familial – Analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE. Faculté des sciences économiques, sociales, politiques et de communication, Université catholique de Louvain, 2019. Prom. : Sarolea, Sylvie.

9 UN-Declaration of the Rights of the Child (1959) "Principle 2. The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the **best interests of the child** shall be the paramount consideration. (...) Principle 7 (.) The **best interests of the child** shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance; that responsibility lies in the first place with his parents. (*mise en évidence par l'auteur*) « *best interests of the child* » est traduit officiellement avec « *intérêt supérieur de l'enfant* »

Premièrement, c'est *un droit de fond*. Le Comité des droits de l'enfant de Genève (CDE) confère dans son Observation générale numéro 14 / 2013<sup>10</sup> du 29 mai 2013 dans son article 3, paragraphe 1: « *Le droit de l'enfant à ce que son intérêt **supérieur** soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions concernant un enfant, un groupe d'enfants défini ou non ou les enfants en général. Le paragraphe 1 de l'article 3 crée une obligation intrinsèque pour les États, est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué devant un tribunal.* » (*mise en évidence par l'auteur*)

En tant que *principe juridique* interprétatif fondamental, il est deuxièmement essentiel lors de la mise en balance de différentes dispositions juridiques de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant. Les droits consacrés dans la Convention et dans les Protocoles facultatifs s'y rapportant constituent le cadre d'interprétation.

Troisièmement, en tant que *règle de procédure*, quand une décision qui aura des incidences sur un enfant en particulier, un groupe défini d'enfants ou les enfants en général doit être prise, le processus décisionnel doit comporter une évaluation de ces incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés. L'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant requièrent des garanties procédurales. En outre, la justification d'une décision doit montrer que le droit en question a été expressément pris en considération.

Le Comité des droits de l'enfant (CDE) constate dans son Commentaire numéro 14 : « À cet égard, les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels. »

Selon le Comité, l'intérêt supérieur de l'enfant est donc avant tout un droit subjectif, c'est-à-dire le droit de tout enfant à ce que son intérêt soit évalué avant qu'une décision ne soit prise à sa place et à ce que l'on veuille à ce que son intérêt soit sérieusement pris en compte, en particulier lorsque plusieurs intérêts s'affrontent, afin de trouver la meilleure solution pour l'enfant. Si l'enfant ne peut pas invoquer la notion abstraite d'« intérêt supérieur », il a néanmoins le droit de voir toutes les décisions qui le concernent examinées à la lumière de ce principe. Le législateur doit en tenir compte à chaque étape de la procédure engagée en préparation de la décision. L'intérêt supérieur de l'enfant est en outre un principe d'interprétation de la Convention et de ses protocoles.

Le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par les États parties est un *objectif central* de la CRDE. Il définit les exigences relatives à la prise en considération, en particulier dans les décisions judiciaires et administratives, ainsi que dans les autres actions concernant l'enfant en tant qu'individu, et à tous les stades de l'adoption de lois, politiques, stratégies, programmes, plans, budgets, initiatives et directives législatives et budgétaires – c'est-à-dire toutes les mesures de mise en œuvre – concernant les enfants en général ou en tant que groupe spécifique.

Dans ses observations finales concernant le rapport du Luxembourg valant cinquième à sixième rapports périodiques<sup>11</sup> du 21 juin 2021, le Comité des droits de l'enfant a recommandé « à l'Etat partie d'accroître ses efforts pour que ce droit soit dûment pris en considération et *interprété et respecté de manière uniforme dans toutes les procédures et décisions législatives, administratives et judiciaires*, ainsi que dans toutes les politiques et tous les programmes et projets qui concernent les enfants ou ont incidence sur eux (...) À cet égard, l'Etat partie est encouragé à définir des procédures et des critères propres à aider toutes les personnes compétentes à déterminer l'intérêt **supérieur** de l'enfant dans tous les domaines et à en faire une considération primordiale ». (*mise en évidence par l'auteur*)

Les points exposés ci-dessus montrent que le Luxembourg devrait adopter le principe et le terme de l'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3, paragraphe 1, de la CRDE (le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale) plutôt que le terme juridique peu clair de « l'intérêt de l'enfant ».

Le principe est né de la volonté d'obtenir une sécurité juridique et une cohérence aussi grandes que possible; c'est la raison pour laquelle l'OKAJU vous demande une nouvelle fois de reconsidérer votre

<sup>10</sup> CRC/C/GC/14 (ohchr.org)

<sup>11</sup> <https://bit.ly/3GNDjYD>

décision afin d'opter pour et d'ancrer la meilleure protection possible des droits de l'enfant dans l'esprit de la Convention des droits de l'enfant.

Sur base des saisines traitées et de l'importance des droits respectifs tellement souvent violés, l'OKAJU réitère sa proposition de compléter l'article 11 par l'ajoute de deux droits concrets : celui de la protection contre toute forme de violence et celui du contact régulier et direct avec les deux parents. Inspiré par la formulation dans la constitution belge et de l'énoncé dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, l'OKAJU vous demande de réétudier l'opportunité unique à compléter l'article 11 par les phrases suivantes : « Chaque/tout enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. » et « Chaque/tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. »

Ainsi, la formulation complète pourra se lire :

*(5) Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.*

***Chaque/tout enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle. Tout enfant a droit à la protection et aux soins nécessaires à son bien-être.***

*Chaque/tout enfant peut exprimer son opinion librement sur toute question qui le concerne. Son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.*

***Chaque/tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.***

Tout en restant entièrement disponible pour donner aux honorables membres de la Chambre des Députés toutes les précisions nécessaires, je vous prie, Monsieur le Président, d'accepter ma considération la plus distinguée.

Charel SCHMIT  
Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher